تحرير / أ.د. رفعت السيد العوضي

تقديم / فضيلة الأستاذ الدكتور
علي جمعة محمد

موسوعة الاقتصاد الإسلامي

في المصارف والنقود والأسواق المالية

المجلد الثاني

الضمان والاعتمادات المستندية والغرامات

المعهد العالمي للفكر الإسلامي
١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م
1401AH - 1981AC

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

موسوعة

الاقتصاد الإسلامي

في المصارف والنقود والأسواق المالية

المجلد الثاني

الضمان والاعتمادات المستندية والغرامات

تحرير

أ. د. رفعت السيد العوضي

أستاذ الاقتصاد الإسلامي - جامعة الأزهر

والمستشار الأكاديمي للمعهد العالمي للفكر الإسلامي

تقديم

فضيلة الأستاذ الدكتور

علي جمعة محمد

مفتي الديار المصرية

المعهد العالمي للفكر الإسلامي

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

كافة حقوق الطبع والنشر والترجمة محفوظة

للناشر

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة — المعهد العالمي للفكر الإسلامي

بطاقة فهرسة : فهرسة أثناء النشر إعداد الهيئة المصرية العامة لدار الكتب والوثائق القومية - إدارة الشئون الفنية .

موسوعة الاقتصاد الإسلامي في المصارف والنقود والأسواق المالية / تحرير رفعت السيد العوضي ؛ تقديم علي جمعة محمد .
- ط ١ . - القاهرة : دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، ٢٠٠٩م .
مج٢ ؛ ٢٤سم . تدمك ٧ ٧١٣ ٣٤٢ ٩٧٧ المحتويات : الضمان والاعتمادات المستندية والغرامات .
١ - الاقتصاد الإسلامي - موسوعات .   أ - العوضي ، رفعت السيد (محرر) .
ب - محمد ، علي جمعة (مقدم) .
٣٣٠,١٢١٠٣

نشر مشترك

الطبعة الأولى

١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

القاهرة - جمهورية مصر العربية

الإدارة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
٢٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +)
٢٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٢٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٢٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الأسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الأزاريطة قسم باب شرق بجانب جمعية الشبان المسلمين
هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)

بريديًا : ص.ب ١٦١ الغورية الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

المعهد العالمي للفكر الإسلامي

U.S.A
IIIT
500 Grove Street, Suite 200
Herndon, Virginia 20170, P.O. Box 669
U.S.A
001 703 471 1133 (O)
001 703 471 3922 (F)
iiit@iiit.org

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الضَّمانُ في الفِقْهِ الإسْلامِيّ

وَتَطْبِيقَاتُهُ في المَصَارِفِ الإسْلامِيَّةِ

تأليفُ

محمد عبد المنعم أبو زيد

مُقَدِّمَة

أولًا : طبيعة الموضوع ، ومشكلة البحث :

الضمان وسيلة قانونية وشرعية ، عرفها الإنسان منذ بداية تعامله النقدي ، وقد أشار إليها القرآن الكريم ، فقال تعالى : ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] ، وقال تعالى : ﴿ قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف : ٧٢] ، قال ابن عباس : « الزعيم الكفيل » ، وقال ﷺ : « **الزعيم غارم** » (١) ، أي : الكفيل ضامن .

وقد تطور الضمان وتشعب وصارت له قواعده وأسسه وأبوابه المستقلة مع تطور الحياة الاقتصادية وظهور المؤسسات والنظم المستحدثة ، وأصبح له دوره وأهميته كمتغير أساسي للحياة الاقتصادية عامة ، والمصرفية على وجه الخصوص ؛ فالعمل المصرفي - باعتباره من أعمال الوساطة المالية - تحكمه قاعدة ثلاثية شهيرة ، يجب مراعاة عناصرها في آن واحد ، وهذه العناصر هي : الربحية ، والسيولة ، والضمان ؛ ولذلك يمثل الضمان متغيرًا أساسيًا من المتغيرات الحاكمة للعمل المصرفي بشقيه : تجميع الموارد ، وتوظيفها .

غير أن طبيعة العمل المصرفي التقليدي - القائمة على أساس نظام الفائدة الثابتة - تجعل للضمان طبيعة خاصة ، وشكلًا محددًا ، مصدرهما الأساسي طبيعة العلاقة الحاكمة بين البنك الربوي وكلٍّ من المودعين لديه وطالبي التمويل منه ؛ فالعلاقة بين البنك التقليدي والمودعين لديه - أصحاب الودائع الاستثمارية - هي علاقة القرض بمفهومه التقليدي - أي : القرض الربوي - ومن ثَمَّ فهي علاقة دائن بمدين يلتزم فيها البنك - كطرف مدين - بردِّ قيمة الوديعة ، وفوائدها المستحقة في أجل محدد .

أما العلاقة بين البنك التقليدي ، وطالبي التمويل منه ، فهي أيضًا علاقة القرض

---

(١) مسند أحمد بن حنبل (٥/٢٦٧) .

الربوي ، غير أن البنك فيها يمثل الطرف الدائن ، والعميل يمثل الطرف المدين ، ووفق نظام الفائدة المتبع يضمن العميل رد قيمة القرض وفوائده المستحقة في الأجل المحدد ، ويحصل البنك على كافة الضمانات ، التي يراها ملائمة لاسترداد حقه في حالة عدم التزام العميل بالوفاء في الميعاد المحدد .

أما العلاقة بين المصرف الإسلامي ومتعامليه - سواء المودعين أو المستثمرين - فهي مختلفة شكلًا وموضوعًا عن علاقة القرض الربوي القائمة في البنوك التقليدية ؛ فالعلاقة بين المصرف الإسلامي والمودعين لديه - ودائع استثمارية - لا تعتمد على الفائدة باعتبارها ربًا محرمًا ، وقد تم تكييفها من قبل المنظرين الأوائل لفكرة المصارف الإسلامية ، على أساس عقد المضاربة المودع فيها رب المال والمصرف العامل .

وقد أدى هذا التكييف إلى سقوط مفهوم الضمان السابق بين البنك التقليدي ومودعيه لعدم ملاءمته هنا في المصرف الإسلامي .

ولكن واقع التطبيق أظهر أن قضية الضمان - بمفهومها السائد في البنك التقليدي - تمثل متغيرًا أساسيًا ، حاكمًا للمودعين في المصرف الإسلامي بحكم الواقع الربوي السائد ، وهذا جعل قضية الضمان مثارة هنا على هذا المستوى في المصارف الإسلامية ، وبصورة ملحة ، وبنفس المنطق المتبع ، والأساس السائد في البنوك التقليدية ، على الرغم من اختلاف طبيعة العمل المصرفي الإسلامي عامة ، وطبيعة العلاقة الحاكمة بين المصرف الإسلامي ومودعيه ، عما هو سائد في البنوك التقليدية ، وهذا يوضح طبيعة الشق الأول من مشكلة هذا البحث ، أما الشق الثاني ، فهو يرتبط بجانب توظيف الأموال ، ومدى اختلاف طبيعة العلاقة الحاكمة بين المصرف الإسلامي والمستثمرين طالبي التمويل منه ، عنها في البنك التقليدي ، وأمر هذه العلاقة على قضية الضمان .

فالمصرف الإسلامي يعتمد في نشاطه لتوظيف موارده على النشاط الاستثماري الحقيقي من خلال القيام بالعمليات الاستثمارية ، سواء بمفرده أو بالمشاركة مع غيره من المتعاملين من خلال الأساليب الاستثمارية الشرعية ؛ كالمشاركة والمضاربة والمرابحة ... إلخ ، ومن ثَمَّ ، فالعلاقة الحاكمة هنا ليست علاقة الدائن بالمدين ؛ بل هي علاقة المشاركة في الربح ، وفي تحمل المخاطر ؛ ومعنى ذلك : أن طبيعة الضمان السابقة في البنك التقليدي - التي تكفل له استرداد قرضه وفوائده - لا تصلح هنا لعدم شرعيتها ،

ولعدم ملاءمتها لطبيعة النشاط الاستثماري الخاص ، المميز للمصرف الإسلامي ، ولكن قضية الضمان هنا مثارة أيضًا على نفس المستوى ، بل وبصورة أكثر إلحاحًا وأهمية ؛ نظرًا لظهور متغيرات مختلفة تمامًا ، وهي طبيعة العمل الاستثماري ، وما يتعرض له من مخاطر تقليدية ، وطبيعة الأساليب الاستثمارية ، والتي يمثل فيها العميل المشارك ضلعًا رئيسيًّا في نجاح أو فشل العملية الاستثمارية ، ومعنى ذلك : أن اختلاف طبيعة العمل المصرفي الإسلامي هنا - في ضوء الواقع الحالي - جعلت من الضروري البحث عن إطار ، وأساليب جديدة شرعية لتلبية حاجة المصارف الإسلامية لقضية الضمان عند قيامها بتوظيف مواردها وفق المنهج الاستثماري المميز ، وهذا يوضح الشق الثاني من مشكلة هذا البحث .

وهكذا يتضح أن : مشكلة هذا البحث تدور حول محاولة المساهمة في البحث عن تأصيل علمي لفلسفة وأساليب الضمان في العمل المصرفي الإسلامي ، بحيث تكون ملائمة لطبيعة الواقع التطبيقي الحالي ، الذي تعمل فيه المصارف الإسلامية ، وفي إطار الضوابط الشرعية الإسلامية عامة ، ومفهوم وطبيعة الضمان في الفقه الإسلامي على وجه الخصوص .

ثانيًا : أهمية البحث :

تنبع أهمية هذا البحث من الاعتبارات التالية :

١ - الضمان وسيلة قانونية وشرعية مهمة في مجال المعاملات ، عرفها الإنسان ، واعتمد عليها منذ زمن طويل ، وقد تطورت أساليبه وأشكاله مع تطور الحياة الاقتصادية ، وأصبح له دور أساسي ، وأهمية كبيرة في المعاملات الاقتصادية المعاصرة بصفة عامة .

٢ - للضمان أهمية خاصة للعمل المصرفي ، باعتباره من أعمال الوساطة المالية ، حيث يحكم نشاطه - عامة - قاعدة ثلاثية شهيرة عناصرها : الربحية ، والسيولة ، والضمان ، ولذلك يمثل عامل الضمان متغيرًا أساسيًّا حاكمًا لنشاط العمل المصرفي ، والبنوك التقليدية على وجه الخصوص ، كمؤسسات مالية ونقدية لها دورها الكبير في الحياة الاقتصادية في الوقت الحاضر .

٣ - النمو المتزايد والمستمر لحركة المصارف الإسلامية - والمؤسسات المالية

الإسلامية عامة - والتي يمثل الضمان لها أهمية خاصة ؛ نظرًا للطبيعة المميزة والمختلفة عنه في البنوك التقليدية ، ويجعل من الضروري ، البحث عن مدى ملاءمة الأساليب التقليدية للضمان لأنشطة المصارف الإسلامية في ضوء اختلاف العمل المصرفي الإسلامي ، والواقع الذي تعمل في ظله هذه المصارف ، وذلك من أجل البحث عن أساليب شرعية جديدة تلائم طبيعة ونظم عمل هذه المصارف ، وتحقق لها عنصرًا مهمًّا من عناصر نجاحها .

٤ - يعتمد البحث في دراسة هذا الموضوع على المزج بين فقه النظرية ، وفقه التجربة ؛ حيث كانت تركز غالبية الأبحاث والدراسات في الفترة الماضية على تناول موضوع الضمان على المستوى النظري فحسب ، أي ما يجب أن يكون ، ولكن بعد مضيِّ هذه الفترة من حياة المصارف الإسلامية أصبح من الضروري الاهتمام بما أفرزته التجربة من معطيات في هذا الشأن .

٥ - وعلى المستوى الأكاديمي ، تساعد هذه الدراسة وأمثالها في تطوير الدراسات ، والبحوث ، والمناهج في المعاهد والمؤسسات العلمية في البلاد الإسلامية بما يتفق ومنهجها الفكري الذي يجب أن يسود في مجال الاقتصاد الإسلامي .

ثالثًا : أهداف البحث :

يستهدف هذا البحث في الأساس دراسة وتحديد طبيعة الضمان في أنشطة المصارف الإسلامية ، سواء على المستوى النظري المفترض « ما يجب أن يكون » ، أو على المستوى التطبيقي لتجربة المصارف الإسلامية في الفترة الماضية ، وانطلاقًا من هذا وتحقيقًا له ، يتطلب الأمر تحقيق عدد من الأهداف الفرعية أهمها :

١ - دراسة موضوع الضمان في الفقه الإسلامي ، وتحديد مفهومه ، وأقسامه ، ومشروعيته ، وأنواعه ، وشروطه ، وأحكامه ... إلخ ، وذلك لمعرفة الأسس التي يجب أن تقوم عليها أشكال الضمان في معاملات المصارف الإسلامية ، والإطار الذي يجب أن تسير داخله هذه الأساليب .

٢ - دراسة موضوع الضمان في معاملات المصارف الإسلامية ، دراسة نظرية وفق النموذج النظري لفكرة المصارف الإسلامية ، وذلك من خلال الوقوف على الآراء والاتجاهات والاجتهادات المختلفة للمفكرين الإسلاميين الذين حاولوا تقديم تصورات

لفكرة المصارف الإسلامية - عامة - وعملية الضمان في معاملاتها - خاصة - مع تقويم هذه المحاولات في ضوء الضوابط الشرعية ، وطبيعة الواقع الحالي الذي تعمل فيه هذه المصارف .

٣ - دراسة موضوع الضمان في معاملات المصارف الإسلامية على المستوى التطبيقي للتجربة خلال الفترة الماضية ، وتحديد مدى تطابقه أو انحرافه عن النموذج النظري المفترض - كما جاء في الدراسة السابقة - والوقوف على العوامل التي أدت إلى تطابقه ، أو الأسباب والمعوقات التي أدت إلى انحرافه ، كمدخل ضروري لتقديم بعض الحلول والاقتراحات الملائمة بعد ذلك .

٤ - البحث عن بعض الحلول الممكنة ، وتقديم الاقتراحات ، والأساليب الملائمة لتطوير العمل بنظام الضمان في المصارف الإسلامية ؛ ليتفق مع الأسس والمبادئ الإسلامية ، ويتلاءم مع طبيعة الواقع الحالي ومتغيراته .

رابعًا : منهج البحث ، وأسلوب الدراسة :

تعتمد دراسة هذا الموضوع على أسلوبين أساسيين متكاملين :

الأسلوب الأول : المنهج النظري (البحث المكتبي) : وذلك بتجميع الدراسات والأبحاث السابقة وتصنيفها وتحليلها ؛ لتحديد المقدمات النظرية لموضوع الضمان في الفقه الإسلامي وفي المصارف الإسلامية ، وذلك من خلال الاطلاع على :

١ - مصادر الفقه الإسلامي التي تناولت موضوع الضمان ، وذلك لتحديد مفهوم الضمان وطبيعته ، وأنواعه ، وشروطه ، وأحكامه ... إلخ ، عند الفقهاء المسلمين .

٢ - الدراسات الفقهية المعاصرة التي تناولت موضوع الضمان ، سواء في صورته الفقهية التقليدية ، أو بهدف تطويره ليلائم المعاملات العصرية .

٣ - الدراسات والأبحاث التي تناولت دراسة قضية المصارف الإسلامية عامة - على المستوى النظري والتطبيقي - وخاصة ما يتخللها من موضوعات تتعلق بقضية الضمان .

الأسلوب الثاني : المنهج التطبيقي (البحث الميداني) : وذلك بجمع المعلومات والبيانات عن التجربة المصرفية الإسلامية ؛ للوقوف على التطبيق العملي لموضوع

الضمان ، وما يتعلق به من عناصر مختلفة ، وذلك بالاعتماد على الأساليب التالية :

١ - الزيارات الميدانية لبعض المصارف الإسلامية ، والالتقاء مع بعض العاملين والمسؤولين ، بهدف التعرف على الأساليب ، والطرق المتبعة فيما يتعلق بموضوع الضمان .

٢ - الاستقصاء المكتوب حول الموضوع ؛ وذلك بهدف جمع البيانات عن موضوع الضمان وتطبيقاته في أكبر عدد من المصارف الإسلامية .

٣ - المقابلات الشخصية لعدد من علماء الاقتصاد الإسلامي والشريعة ؛ لاستطلاع رأيهم في بعض القضايا الخاصة بالموضوع .

وفي حالة عجز الباحث عن تحقيق بعض أو كل أساليب هذا المنهج التطبيقي فإنه سيتم الاعتماد على الدراسات ، والأبحاث الميدانية السابقة ، والنتائج التي توصلت إليها ، لتوفير المادة المطلوب الحصول عليها من هذه الأساليب ، وتحقيق الهدف المطلوب .

خامسًا : هيكل البحث :

تحقيقًا للأهداف السابقة للبحث تم تخطيط البحث ليقع في أربعة مباحث ، وذلك من أجل التعرض للجوانب المختلفة للموضوع ، وتحقيق الأهداف المرجوة منه ، وذلك على النحو التالي :

الفصل الأول : ويتناول دراسة موضوع « الضمان في الفقه الإسلامي » من حيث : تعريفه ، وأقسامه ، ومشروعيته ، وأيضًا من حيث : شروطه ، وأحكامه .

الفصل الثاني : ويتناول دراسة قضية الضمان في أنشطة المصارف الإسلامية على المستوى النظري « دراسة مقارنة » ، أي ما يجب أن يكون ، وذلك على مستوى نشاط تجميع الموارد ، وكذلك نشاط توظيف الموارد ، وأيضًا نشاط الخدمات المصرفية مع التركيز على اختلاف أسس وطبيعة الضمان لكل نشاط في المصارف الإسلامية عنه في البنوك التقليدية .

أما الفصل الثالث : فقد تعرض لدراسة موضوع الضمان في معاملات المصارف الإسلامية ، على مستوى التجربة العملية ، في مجالي تجميع الموارد وتوظيفها ، مع إبراز مدى التلاقي ، أو الانحراف بين التصورات النظرية لما يجب أن يكون عليه الضمان في أنشطة المصارف الإسلامية ، وبين التطبيق العملي للضمان ، والذي اعتمدت عليه هذه

المصارف ، خلال تجربتها العملية في الفترة الماضية ، مع محاولة البحث عن الأسباب التي أدت إلى هذا الانحراف في حالة وجوده ، والتي حالت دون إمكانية التطبيق العملي للإطار النظري الصحيح لموضوع الضمان في تجربة المصارف الإسلامية .

وأخيرًا ، **جاء الفصل الرابع** : ليتقدم ببعض الاقتراحات والتصورات التي تستهدف تذليل العقبات التي تعترض مسيرة تجربة المصارف الإسلامية ، والتي تحول دون إمكانية تطبيق الإطار النظري الصحيح لموضوع الضمان ، سواء على مستوى تجميع الموارد ، أو مستوى توظيف هذه الموارد .

وفي النهاية تعرض البحث للنتائج التي تم التوصل إليها ، وكذلك بعض التوصيات إلى المصارف الإسلامية ، والجهات المسؤولة بالدول التي تعمل بها ، بهدف العمل على تصحيح مسارها ، والتغلب على بعض المعوقات التي تواجهها .

* * *

الفَصِلُ الأولُ : الضمان في الفقه الإسلامي

تقديم :

إن الناظر في تنظيم التشريع الإسلامي لجانب المعاملات عامة ، يجد أن الإسلام يحرص على ضمان استقرار هذه المعاملات ، وتحقيق العدالة ، والوفاء بالحقوق إلى أصحابها .

فالتشريع الإسلامي لا يفترض أن الناس نسيج واحد ، من حيث الوفاء بما التزموا به من عهود ، وأداء ما عليهم من الحقوق ؛ ولذلك فقد شرع الإسلام بعض الوسائل ، حفاظًا على الحقوق منها : الكتابة ، والشهادة ، والرهن ، والضمان « أو الكفالة » .

ونظرًا لهذه الأهمية للضمان ، فقد أفرد له الفقهاء بابًا مستقلًّا في كتب الفقه ، تحت مسمى « الكفالة ، أو الضمان » ، تحدثوا فيه عن مفهومه ، وأدلة مشروعيته ، وأقسامه ، وأنواعه ، وأيضًا الشروط التي يجب توافرها في كل عنصر من عناصره ، وكذلك الأحكام المختلفة له .

ويحاول هذا الفصل التعريف بماهية الضمان في الفقه الإسلامي بصورة مختصرة ، من خلال بيان معناه ، وأقسامه ، وأدلة مشروعيته ، وأهم الشروط الخاصة به ، وكذلك أهم الأحكام التي تناولها الفقهاء .

وتحقيقًا لهذه الغاية ؛ خطط هذا الفصل ليقع في المبحثين التاليين :

المبحث الأول : تعريف الضمان ، ومشروعيته ، وأقسامه .

المبحث الثاني : شروط الضمان ، وأحكامه .

* * *

المبحث الأول

تعريف الضمان ، ومشروعيته ، وأقسامه

الفرع الأول : تعريف الضمان ، ومشروعيته :

الضمان في اللغة : لفظ يعني الالتزام ، فإذا قيل : ضمنت هذا الشيء ، أي : التزمت به ، جاء في المصباح المنير – مادة ضمن – « ضمنت المال ، وبه (ضمانًا) ، فأنا (ضامن) و (ضمين) : التزمته » .

وقد استعمل كثير من الفقهاء لفظ الضمان بمعنى الكفالة ، أي كلفظين مترادفين (١) ، جاء في مغني المحتاج (٢) : الضمان لغة : الالتزام ، ويسمى الملتزم ضامنًا ، وضمينًا ، وحميلًا ، وزعيمًا ، وكافلًا ، وكفيلًا ، وهو ما يستوجب بيان المعنى اللغوي للكفالة .

والكفالة في اللغة : تعني : الضم ، قال تعالى : ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ [آل عمران : ٣٧] ، أي : ضمها إلى نفسه ، وقال ﷺ : « **أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة** » (٣) أي : الذي يضمه إليه في التربية ، ويقول ﷻ : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف : ٧٢] ، وقد ذكر العلماء أن كلمة زعيم تعني ضمين وكفيل ، وهو ما يعني أن هذه الكلمات الثلاث تستخدم كمترادفات لمعنى واحد ، وهو الضمان .

أما في الاصطلاح الفقهي ، فعلماء الشريعة يستخدمون لفظ الضمان على عدة معانٍ :

١ – الكفالة : وهي تعني – كما سبق لغويًا – الالتزام ، وقد قسمها الفقهاء إلى نوعين من الكفالة : كفالة بالمال ، وكفالة بالنفس .

والكفالة بالنفس تعني عند الفقهاء : الالتزام بإحضار المكفول ، وتسليمه للمكفول له

---

(١) استخدم جمهور الفقهاء لفظي الضمان والكفالة بمعنى واحد ، في حين حاول الشافعية والحنابلة التفرقة بين المصطلحين ، فحصروا الكفالة في ضمان النفس ، واستخدموا الضمان لما عدا النفس ، وهو ضمان المال .

(٢) (١٩٢/٢) .

(٣) مسند أحمد بن حنبل (٣٣٣/٥) .

في الوقت المعين .

أما الكفالة بالمال ، فهي تعني عند جمهور الفقهاء : ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في وجوب الدين والمطالبة به ، فهي التزام بأداء الدين .

والضمان – وفق هذا المعنى – له أهمية خاصة لموضوع بحثنا ، باعتباره وسيلة من وسائل توثيق الديون ؛ حيث ترجع أنماط التوثيق التي جاءت بها الشريعة إلى الأشكال التالية : الكتابة ، والشهادة ، والرهن ، والحوالة ، والكفالة .

٢ – التعويض : حيث تُلزم الشريعة كل من قام بفعل ، ترتب عليه وقوع ضرر بالآخرين بالتعويض عن هذا الضرر ، وهنا يكون الضمان بمعنى وجوب المثل أو القيمة ، على من أتلف مال غيره بفعل ضار غير مشروع ؛ حيث أساس الضمان هو نص الشارع الذي يوجب على من أتلف مال غيره ، أو تسبب في إتلافه ضمان مثله أو قيمته (١) .

٣ – تحمل تبعة الهلاك ، أو التلف ، أو الخسارة : حيث تحدد بعض العقود قواعد تنظم الضمان ، في حالة حدوث أي تلف ، أو هلاك ، أو خسارة تلحق بالمال ، كما هو الحال في عقود الوديعة ، والإجارة ، والمضاربة (٢) .

٤ – الالتزام بالقول : حيث توجب الشريعة الالتزام بالقول من جانب الملتزم ، وهو ما يطلق عليه فقهيًا « الوعد الملزم » ، أو « التبرع الملزم » (٣) .

وسوف يعتمد البحث على المفهوم الأول للضمان ، وهو الكفالة بالمال ، وكذلك المفهوم الثالث ؛ لأن هذين المفهومين هما الأكثر تداولًا في كتب الفقه من ناحية ، ولأنهما الأقرب إلى موضوع البحث من ناحية أخرى ، والذي يركز على الضمان في معاملات المصارف الإسلامية كضمان للمال .

والضمان مشروع بالكتاب والسنة ، وقد استدل الفقهاء على مشروعيته ببعض الآيات ، والأحاديث النبوية منها :

١ – قوله تعالى : ﴿ قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف : ٧٢] ، قال ابن عباس : « الزعيم : الكفيل » .

---

(١) د . حسين حامد حسان : ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المضاربة ، حلقة عمل حول سندات المقارضة ، البنك الإسلامي للتنمية ، (١٩٨٧م) . (٢ ، ٣) نفس المصدر السابق .

٢ - عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ كان لا يصلي على رجل مات وعليه دين ، فأُتي بميت فسأل : « **أعليه دين ؟** » فقالوا : نعم ، ديناران ، فقال ﷺ : « **صلوا على صاحبكم** » ، فقال أبو قتادة : هما عليَّ يا رسول الله ، فصلى عليه [١] ، وهذا الحديث يدل على : إقرار النبي ﷺ ضمان أبي قتادة للدين .

٣ - قال رسول الله ﷺ : « **الزعيم غارم** » [٢] ، أي : الكفيل ضامن .

الفرع الثاني : أقسام الضمان :

يقسم الفقهاء الضمان إلى عدة أقسام : من حيث الالتزام المُطالَب به ، ومن حيث العقدية ، ومن حيث الإطلاق ، والتقييد .

فمن حيث الالتزام المُطالَب به ، يقسم الفقهاء الضمان - والذي يطلق عليه الكفالة - إلى : الكفالة بالنفس ، والكفالة بالمال ، والكفالة بتسليم الأعيان ، والكفالة بالدرك .

والكفالة بالنفس : هي التي تكون الشخصية الإنسانية فيها محل الضمان ؛ حيث يلتزم الضامن (الكفيل) بإحضار المكفول إلى المكفول له .

وعند الشافعية ، لا تصح الكفالة بالنفس من غير إذن المكفول به ؛ لأنه إذا تُكفل به بغير إذنه لم يقدر على تسليمه [٣] .

وجاء في مرشد الحيران (مادة ٧٣٨) : « فإن اشترط في الكفالة تسليمه في وقت معين ، يجبر الكفيل على إحضاره ، وتسليمه للمكفول له في الوقت المعين إن طلبه ، فإن أحضره في الوقت المعين ، يبرأ الكفيل من الكفالة ، وإن لم يحضره ، يحبس ما لم يظهر عجزه ، وعدم اقتداره على إحضاره » [٤] .

ويبرأ الكفيل بالنفس في حالات : موت المكفول به ، أو تسليم المكفول إلى المكفول له ، أو إبراء المكفول له للكفيل .

أما الكفالة بالمال : فهي التي يكون موضوعها : الأموال والالتزامات المالية ولا تتعلق

---

(١) رواه أبو داود والنسائي وأحمد .

(٢) مسند أحمد بين حنبل (٢٦٧/٥) .

(٣) المهذب ، (٤٢٥/١) عن : الكفالة والحوالة في الفقه الإسلامي ، (ص ٦) .

(٤) نقلًا عن : د. محمد سراج ، النظام المصرفي الإسلامي ، (ص ١٢٤) .

بالشخصية الإنسانية ، وهي تشمل عند بعض الفقهاء كل أنواع الكفالات الأخرى غير الكفالة بالنفس : كفالة الدين ، وكفالة العين ، والكفالة بالدرك .

وكفالة (ضمان) الدين : هي - عند جمهور الفقهاء - ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في وجوب الدين والمطالبة به (١) .

وكفالة الدين : هي وسيلة من وسائل توثيق الديون التي أوجبتها الشريعة الإسلامية ، لحفظ الحقوق لأصحابها ، وضمان وفاء المدين بما عليه ، وتحقيق الاستقرار للمعاملات ، ومنع التنازع بين المتعاملين .

وقد شُرعت وسائل أخرى غير الكفالة لتوثيق الديون ، وهي : الكتابة ، والشهادة ، والرهن ، والحوالة ، وسيأتي الكلام تفصيلًا - فيما بعد - عن كفالة الدين ؛ لأهميته لموضوع البحث .

أما كفالة العين ، أو الكفالة بتسليم الأعيان : فهي ضمان تسليم العين المضمونة إذا كانت موجودة ، وضمان مثلها ، أو قيمتها إن هلكت ؛ فالكفالة بتسليم الأعيان : هي الالتزام بتسليم مال مضمون بذاته ، كالمغصوب ، والمبيع بيعًا فاسدًا ، وكتسليم المقبوض على سوم الشراء ، ومنه - أيضًا - الالتزام بتسليم العين المضمونة بغيرها كالمرهون ، وكذلك الالتزام بتسليم الأعيان غير المضمونة إلا بالتعدي كالأمانات ، فإن الكفالة بتسليمها صحيحة بخلاف الكفالة بأعيانها (٢) .

أما الكفالة بالدرك في الالتزام بأداء ثمن المبيع وتسليمه ، إن استحق المبيع ، وبمعنى آخر ، الكفالة بالدرك : هي ضمان محل العقد بأداء ثمنه إذا ما استحق ، أي : ضمان المال المبيع بأنه خالص من كل حق فيه للغير (٣) .

أما من حيث الضمان الذي يعني الالتزام بتعويض ضرر أصاب الغير ، فيقسم الفقهاء الضمان - وفق هذا المفهوم - إلى قسمين : ضمان عقد ، وضمان فعل ، وضمان العقد : هو الالتزام بالتعويض عن عدم تنفيذ المتعاقد لما التزم به ، والالتزام العقدي قد يكون التزامًا تقتضيه طبيعة العقد ، وقد يكون ناشئًا عن شرط منصوص عليه صراحة في العقد ،

(١) المرجع السابق ، (ص ١٢٣) .

(٢) د. محمد سراج ، النظام المصرفي الإسلامي ، (ص ١٢٥) .

(٣) انظر : د. عبد الله عبد الرحيم العبادي ، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة ، (ص ٣١٥) .

أو عن شرط مدلول عليه بالعرف [١] .

أما ضمان الفعل : فهو ضمان لم يسبق بعلاقة تعاقدية ، ولكنه أثر فعل غير مشروع ، ارتكبه شخص سبب فيه ضررًا لغيره .

ومن حالات هذا الضمان التي ذكرها الفقهاء : التعدي ، والغصب ، والاستهلاك ، والتعييب ، والحيلولة بين المال وصاحبه ، ووضع اليد من غير المالك ، وإساءة استعمال الحق ، وبعض الجنايات التي تستوجب الحد والضمان ؛ كالسرقة ، وقطع الطريق [٢] .

بالإضافة إلى التقسيمين السابقين للضمان ، يقسم الفقهاء الضمان من حيث الإطلاق ، والتقييد ، إلى : كفالة مطلقة ، وكفالة مقيدة ، كما يقسم الفقهاء الكفالة من حيث التنجيز ، إلى : كفالة منجزة ، وغير منجزة [٣] .

والكفالة المطلقة : هي تلك التي تجردت فيها الصيغة من التقييد ، فجاءت مطلقة في لفظها وفحواها ، أما الكفالة المقيدة : فهي تلك التي اقترنت الصيغة فيها بقيد من القيود ، وحكمها : أنها ترتب آثارها بمراعاة القيد الذي اقترن بصيغتها ؛ لأن هذا القيد أصبح من مشتملات الكفالة .

أما الكفالة المنجزة : فهي تلك الكفالة التي وردت الصيغة فيها دالة على الفورية ، والحالية ، ويأتي ذلك بالنسبة للصيغة غير المعلقة على شرط ، أو مضافة إلى أجل ، ولم يرد فيها قيد بمنع التنجيز ، أما الكفالة غير المنجزة : فهي تلك الكفالة التي وردت الصيغة فيها معلقة على شرط ، أو مضافة إلى أجل .

ولكن مع وجود هذه التقسيمات للضمان ، يظل التقسيم الأول - الخاص بتقسيم الكفالة إلى كفالة النفس ، وكفالة المال - هو التقسيم الأكثر تداولًا في كتب الفقه .

ولأن موضوع بحثنا يدور حول تطبيقات الضمان في المصارف الإسلامية ، فسوف يقتصر الحديث في المبحث التالي ، على القسم الأول من الضمان - وفق هذا التقسيم - وهو ضمان المال (أو ضمان الدَّين خاصة) .

---

(١) المسؤولية المدنية والجنائية للشيخ محمود شلتوت ، (ص ١٦) ، الضمان للشيخ علي الخفيف ، (ص ١٦ ، ١٧) عن الضمان في الفقه الإسلامي ، أ. د. أنور محمد دبور ، (ص ٧) .

(٢) انظر : المصدر السابق ، (ص ٩) .

(٣) انظر : د. محمد الشحات الجندي ، الكفالة والحوالة في الفقه الإسلامي ، (ص ٧ ، ٨) .

المَبْحَثُ الثَّانِي

شروط ، وأحكام الضمان

الفرع الأول : شروط الضمان :

انتهى المبحث السابق إلى أن الضمان في الفقه الإسلامي - في الصورة التي سيقتصر الحديث عنها هنا ، وهي ضمان الدين - يقتضي وجود حق ثابت لطرف على آخر ، ثم يقوم شخص ثالث ، بالتبرع بضمان سداد هذا الحق ، في حالة عجز من عليه الحق عن سداده في الميعاد المحدد .

وفي هذا يتبين أن عناصر الضمان أربعة هي [١] :

١ - الضامن (أو الكفيل) : وهو الشخص الذي يتبرع بضمان سداد الحق لصاحبه ، في حالة عجز من عليه الحق بسداده .

٢ - المضمون عنه : ويسمى بالأصيل ، والغريم ، والمدين ، وهو من ثبت الحق في ذمته أصالة .

٣ - المضمون له : وهو رب الحق ، ويسمى بالمطالِب أيضًا ، باعتبار مطالبته بحقه .

٤ - المضمون به : وهو الحق المضمون .

وللضمان شروط عند الفقهاء ، يجب توافرها في كل عنصر من العناصر السابقة ، حتى ينعقد الضمان ، ويعتبر صحيحًا ، محققًا لآثاره ، وهذه الشروط هي :

أولًا : شروط الضامن (الكفيل) :

١ - أن يكون كامل الأهلية ، وذلك بأن يكون الضامن بالغًا ، عاقلًا ، رشيدًا ، فلا تصح ضمانة ناقص الأهلية ، كالصبي ، أو المجنون ؛ وذلك لأن الضمان يترتب عليه

---

(١) انظر : أحكام الضمان في الفقه والقانون ، بنك التضامن الإسلامي ، إدارة الفتوى والبحوث ، (١٩٨٥م) ، (ص ٢) .

عبء الوفاء بما على المضمون من التزام ، وهو ما يوجب أن يكون على بينة كاملة بالعقد ، والتصرفات ، وما يترتب عليها من التزامات وآثار .

٢ - أن يكون أهلًا للتبرع ؛ لأن الكفالة من عقود التبرعات وليست من عقود المعاوضات ، سواء كان رجلًا ، أو امرأة ، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء .

٣ - أن يكون الضمان برضاء الضامن ، فإن أكره على الضمان لم يصح .

ثانيا : شروط المضمون عنه (المكفول عنه) :

١ - أن يكون معلومًا للضامن ، فإذا كان المضمون عنه مجهولًا ، لم تصح الكفالة ، لما ينشأ عن ذلك من المنازعة .

وإن كان بعض الفقهاء يرون أنه لا يشترط معرفة ، ولا إذن ، ولا رضاء المضمون عنه لانعقاد الضمان صحيحًا (1) .

وهناك نوعان من الضمان : ضمان هو : تبرع محض ، يلتزم فيه الضامن بأداء الحق ابتداءً ، ثم يأبى أن يرجع على المضمون عنه بشيء ، فهذا تبرع ، ومعروف محض ، وضمان هو : أيضًا تبرع ، ومعروف من حيث إن الضامن يتبرع بأداء الحق إن عجز عنه الأصيل ، ولكنه يرجع على الأصيل بما أوى ، فالظاهر أنه لا يشترط العلم ، ولا الإذن ، ولا الرضا ، بالنسبة للأول ، ويشترط بالنسبة للثاني (2) .

٢ - أن يكون المكفول عنه حيًا : فإذا مات وعليه دين ، ولم يترك شيئًا فتكفل عنه رجل ، لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة ؛ حيث يرى أنه لا تصح الكفالة عن الميت المفلس (3) .

وقال الصاحبان : تصح .

بينما يرى جمهور الفقهاء : أن الضمان يصح عن كل من وجب ، أو ينتظر أن يجب عليه حق من الحقوق المالية للآخرين ، سواء كان المضمون عنه ميتًا ، أو حيًا ، مليئًا ، أو مفلسًا حاضرًا ، أو غائبًا ، ومن كان منهم أهلًا للتبرع ، ومن ليس بأهل

(١ ، ٢) انظر : المرجع السابق ، (ص ٤) .

(٣) حاشية الدسوقي ، (٣/٢٤٤) .

للتبرع ، غير أن الضامن إن كفل من ليس أهلًا للتبرع ، كالصبي والمجنون ، فلا يملك الرجوع عليهم بما أدى ، ويبدو أن الخلاف في هذه المسألة بين الجمهور والصاحبين من جهة ، وبين أبي حنيفة من جهة أخرى ، خلاف شكلي ؛ لأنهم يتفقون على جواز أداء الدين تبرعًا ، وإبراء عن الميت المفلس ، غير أن هذا الأداء يمكن أن يسمى : تبرعًا ، أو ضمانًا عند الجمهور ، في حين أنه لا يصح أن يطلق عليه مصطلح الضمان عند أبي حنيفة (١) .

ثالثًا : شروط المضمون له (المكفول له الدائن صاحب الحق) :

١ - يشترط في المضمون له الأهلية في الجملة ، ولا يشترط كمالها ، فتصح الكفالة من العاقل البالغ ، وهذا واضح ، وتصح أيضًا من الصبي المأذون له في التجارة ، وإنما لم يشترط كمال الأهلية ؛ لأنها نفع محض له ، لذلك لا يشترط كمال الأهلية فيها (٢) .

٢ - أن يكون معلومًا ؛ إذ لو كان مجهولًا ، لا يحصل ما شرعت له الكفالة ، وهو التوثيق ؛ إذ من الضروري للمنازعة ، أن يعلم الضامن من سيضمن له أيضًا وليس فقط من يضمنه .

٣ - يرى أبو حنيفة ، ومحمد ، ضرورة رضاء المضمون له لصحة الضمان ، محتجين بأن الضمان يقتضي إثبات مال على الآدمي ، فلم يثبت إلا برضاه ، أو رضا من ينوب عنه كالبيع ، والشراء ، وإن كان هناك من يرى أنه لا يشترط رضا المضمون له لصحة الضمان (٣) .

٤ - أن يكون الضامن حاضرًا في مجلس الضمان (العقد) ، واشتراط الحضور في مجلس الضمان ، للحاجة إلى القبول الذي تنعقد به الكفالة .

رابعًا : شروط المضمون به (الدين المضمون) :

١ - يشترط في الدين المكفول به ، أن يكون دينًا صحيحًا واجب الأداء ، فالدين هو الذي لا يسقط إلا بالأداء ، أو الإبراء كالثمن ، أو القرض مثلًا .

---

(١) انظر : أحكام الضمان في الفقه الإسلامي ، (ص ٥) .
(٢) د. محمد الشحات الجندي ، الكفالة والحوالة في الفقه الإسلامي ، (ص ٥) .
(٣) راجع أحكام الضمان في الفقه والقانون ، مرجع سابق ، (ص ٥) .

٢ – أن يكون مضمونًا على الأصيل (المضمون عنه) بأن يثبت في ذمة المدين لا بعينه ، بل بوضعه ، ومنه دين السلم .

٣ – كما يشترط في المكفول به ، أن يكون مقدور التسليم من الكفيل ، فلا تصح في الحدود ، والقصاص عند أبي حنيفة ، وعند الصاحبين تصح في حد القذف ، وفي القصاص ، وقد اشترط القدرة على التسليم ليصح الالتزام بالمطالبة ، وتتحقق الفائدة منها [١] .

٤ – يصح الضمان إذا كان المضمون به معلومًا ، أما إذا كان المضمون به مجهولًا فقد أجازه البعض [٢] ، وذكر ابن قدامة : أن الشافعي لا يجيز ضمان المجهول [٣] .

وقد حاول المالكية أن يقيدوا إطلاق ضمان المجهول ، بما يجري العرف في مثله [٤] .

الفرع الثاني : أحكام الضمان :

أحكام الضمان هي : الآثار التي تترتب على عقد الضمان ، حيث يترتب على انعقاد العقد ، نشأة علاقة بين الضامن ، وكل من الطرفين الأصليين : المدين (المكفول عنه) ، والدائن (المكفول له) ، وذلك بجانب العلاقة الأصلية بين الدائن ، والمدين ، والتي تطلب وجود الضمان .

ومن أهم الأحكام المترتبة على الضمان ما يلي :

١ – ثبوت الحق للدائن ، بمطالبة الضامن بما يضمن به الأصيل عند حلول الأجل المحدد بالعقد ، وعجز المكفول عنه عن الوفاء بالتزاماته .

يقول ابن قدامة : « إذا صح الضمان ، لزم أول ما ضمنه ، وكان للمضمون له مطالبته ، ولا نعلم في هذا خلافًا ، وهو فائدة الضمان ، ودل عليه قوله ﷺ : « **الزعيم غارم** » [٥، ٦] .

ويطبق هذا الحكم في كل أنواع الكفالات ، ويختلف فقط بحسب نوع الالتزام ،

---

(١) د . محمد الشحات الجندي ، مرجع سابق ، (ص ٥) .
(٢) انظر : بدائع الصنائع للكاساني ، (٣٤١٢/٧) .
(٣) المغني ، (٧٢/٥) .
(٤) انظر : أحكام الضمان في الفقه والقانون ، مرجع سابق ، (ص ٥) .
(٥) بدائع الصنائع ، (٣٤١٨/٧) .
(٦) مسند أحمد بن حنبل (٢٦٧/٥) .

فيطالب الكفيل بالدين ، بدين واجب على الأصيل لا عليه ، فالدين واحد ، والمطالب به اثنان ، ويطالب الكفيل بالعين ، بتسليم العين المضمونة ، إن كانت قائمة ، وبتسليم مثلها ، أو قيمتها ، إن كانت هالكة (١) .

٢ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أن : لصاحب الحق (المكفول له : الدائن) الخيار في مطالبة من شاء : الأصيل ، أو الضامن ، اللّهم إلا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل ، فتصبح حوالة لا كفالة (٢) .

بينما يرى الإمام مالك ، أنه لا يطالب الضامن إن حضر الأصيل موسرًا ، وتيسر استيفاء الحق منه ، وكذا يستوفى الحق من المدين إن كان غائبًا ، وتيسر إثبات ماله ، وأمكن الاستيفاء منه من غير مشقة ، أما إن كان حاضرًا ، وفيه لدة ، وظلمة ، أو كان غائبًا ، ولم يتيسر إثبات ماله ، أو يمكن ولكن بعسر ومشقة ، فيطالب الضامن بالحق ؛ لأنه بعدم الإنصاف يصير الموجود معدومًا (٣) .

والباحث يميل إلى الأخذ برأي الإمام مالك ، وذلك على أساس أن الحق في ذمة المدين أصلًا ، وليس في ذمة الضامن ، ومن ثم لا يجب الرجوع على الضامن لاستيفائه إلا بعد أن يكون الدائن قد عجز عن استيفاء حقه من المدين ، هنا يلزم ضرورة الرجوع على الضامن ، لتنفيذ ما التزم به في عقد الكفالة ، حيث إن دور الضامن لا يتحقق عملًا ، إلا بعد انتهاء الوقت المحدد ، وتحقق عدم تنفيذ المدين لتعهداته .

٣ - سقوط الأجل في حالة وفاة المدين ، واعتبار الدين حالًا يجب الوفاء به من تركة المدين عند موته : « وهذا يعني حق الدائن « المضمون له » في مطالبة الأصيل المضمون عنه بالوفاء ، بالالتزام من تركته عند موته ، دون انتظار للأجل المحدد في عقد الضمان » (٤) .

وأيضًا يحل الحق المؤجل بموت الضامن وفلسه ، فيستوفى من تركته ، ولورثته الرجوع به على الأصيل ، عند حلول الأجل ، وإذا كان موت الضامن ، أو فلسه عند

---

(١) أحكام الضمان في الفقه والقانون ، مرجع سابق ، (ص ٦) .

(٢) المرجع السابق ، (ص ٥) .

(٣) المغني ، (٧٢/٥) ، عن المرجع السابق ، (ص ٩) .

(٤) الكفالة والحوالة في الفقه والقانون ، مرجع سابق ، (ص ١٠) .

الأجل أو بعده ، لم يكن للطالب مطالبته ، ومطالبة ورثته ، مع حضور الأصيل موسرًا . ويعجل الحق أيضًا بموت الأصيل - كما سبق - إن ترك وفاءً لا يلتزم مطالبة الضامن حتى الأجل (١) .

٤ - إن حل الأجل ، وأدى أحدهما (الضامن ، أو المضمون عنه) الحق برئا جميعًا ، وكذلك يبرآن إن أحال المضمون عنه المضمون إلى آخر ، أو ما برئ صاحب الحق الأصيل .

وعليه يخرج الضامن عن الكفالة بالأداء ، سواء منه ، أو من الأصيل ؛ وذلك لأن حق المطالبة قصد منه التوصل إلى الأداء ، فإذا وجد الأداء فقد حصل المطلوب فينتهي حكم العقد (٢) .

٥ - حق الكفيل (الضامن) في الرجوع على المدين (المضمون عنه) بمطالبته بأداء ما وفى به : فإذا كانت الكفالة بأمر المدين المكفول عنه ، فإن عليه أن يدفع ما أداه الكفيل للمكفول له ؛ لأنه وفى دينه بأمره ، ونفذ التزامه في مواجهته .

أما إذا كانت الكفالة من غير أمر المكفول عنه (المدين) ، وقام الكفيل بالوفاء بالدين للمكفول له ، فالحنفية والجمهور ، يرون أنه لا يحق للكفيل أن يرجع على المكفول عنه بمطالبته بما وفى ؛ لأنه متبرع ، حيث ألزم نفسه دون إذن المكفول عنه (٣) .

أما المالكية ، فقد ذهبوا إلى أن للكفيل الرجوع على المكفول عنه (المدين) إذا قام بالوفاء بالدين للمكفول له (الدائن) ، فيرجع عليه بما أداه ، متى ثبت الدفع ببينة ، أو إقرار للمكفول له (٤) ؛ لأن الكفيل قام مقام الأصيل في الوفاء بالدين ، أو لأنه ملك ما على الأصيل من مال ، في مقابل المال الذي وفى به .

٦ - يجوز أن يضمن الحق عن الشخص الواحد : اثنان ، أو أكثر ، فإذا تعدد الضامنون ، أتبع كل واحد بحصته ، وذلك بقسمة الحق ، ما دام محتملًا للقسمة على

(١) البدائع ، (٣٤٢/٧) ، والمغني ، (٨٢/٥) ، عن الضمان في الفقه والقانون ، (ص ١٠) .
(٢) نفس المرجع السابق ، نفس الصفحة .
(٣) الاختيار ، (٢٣٦/٢) ، عن الكفالة والحوالة في الفقه الإسلامي ، (ص ١١) .
(٤) الشرح الصغير (١٦/٤) ؛ عن د. محمد الشحات الجندي ، الكفالة والحوالة في الفقه الإسلامي ، (ص ١١) .

عددهم ، إلا إذا كان هناك شرط على غير ذلك ، فيسري فيهم الشرط ، وللضامنين أن يشترطوا أن بعضهم مميل عن بعض ، كما لصاحب الدين أن يشترط عليهم ذلك ، أما إذا تعددوا - ولا شرط - فلا يؤخذ كل واحد إلا بحصته [١] .

وكما يجوز أن يتعدد الكفلاء ، يجوز أن يضمن الكفيل آخر ؛ لأن الحق قد شغل ذمته ، فيصح ضمانه كسائر الحقوق ، ويصح الضمان - وإن تسلسل - ويلزم الضامن ما لزم ضامنه [٢] .

٧ - حق الكفيل (الضامن) في مطالبة المكفول له (الدائن) ، بالرجوع على المكفول عنه (الأصيل) ، وخاصة إذا كان موسرًا ؛ لأن عقد الكفالة لا يعفي المكفول عنه من الالتزام ، وإنما هو لتقوية التوثيق ، كما أن التزام الكفيل التابع لا يحجب التزام المدين الأصيل [٣] .

٨ - كل ما يتمتع به الأصيل ، أو المدين من تسهيلات ؛ كمنحة الأجل ، أو التخفيف من التزامه ، أو إبرائه منه ، يتمتع به الكفيل بالتبعية ؛ لأن الكفالة عقد يتبع العلاقة التي نشأت بين المدين ، والمكفول له ؛ ولأن المدين (المكفول عنه) هو الملتزم الأصلي بالدين ، فكل ما يسري على المكفول عنه ، يسري على الكفيل [٤] .

* * *

---

(١) انظر : الضمان في الفقه والقانون ، (ص ١١) .

(٢) المغني ، (٨٠/٥) عن المرجع السابق ، (ص ١١) .

(٣) د . محمد الشحات الجندي : الكفالة والحوالة في الفقه الإسلامي ، (ص ١٢) .

(٤) نفس المرجع السابق ، (ص ١١) .

الفَصْلُ الثَّانِي : الضمان في المصارف الإسلامية من الوجهة النظرية - دراسة مقارنة

تقديم :

من المعروف أن أعمال البنوك - بصفة عامة - تتركز حول ثلاثة أنشطة من الأعمال :

- تجميع الموارد المالية من أصحاب الفوائض .
- توجيه ، أو « توظيف » الموارد لأصحاب العجز .
- تقديم الخدمات المصرفية .

وتشترك المصارف الإسلامية مع البنوك التقليدية في القيام بهذه الأنشطة ، غير أن طبيعة عمل المصرف الإسلامي تختلف من حيث المنهج الأساسي ، والأسس ، والأساليب ، عن طبيعة العمل المصرفي التقليدي ، وهو ما يؤدي إلى اختلاف أسلوب المصارف الإسلامية - في القيام بهذه الأنشطة - عن أسلوب البنوك التقليدية .

فالعمل المصرفي التقليدي - القائم على أساس نظام سعر الفائدة - يجعل العلاقة القائمة بين البنك ، ومتعامليه - سواء المودعون وطالبو التمويل - قائمة على علاقة القرض ، فالبنك في العلاقة الأولى - مدين للمودع ، وملتزم برد ضمان الوديعة ، وفوائدها - المحددة سلفًا - في ميعاد استحقاقها ، والبنك - في العلاقة الثانية - دائن للمستثمر - طالب التمويل - وهو يحصل منه على الضمان الملائم ، الذي يكفل له استرداد قيمة القرض ، وفوائده في الميعاد المتفق عليه .

وهكذا تحدد طبيعةُ العلاقة بين البنك التقليدي ، ومتعامليه طبيعةَ وشكلَ الضمان الملائم لهذه العلاقة .

أما في العمل المصرفي - الذي لا يتعامل بنظام الفائدة - فإن شكل العلاقة بين المصرف ، ومتعامليه ، تقوم على أساس المشاركة في الربح ، والخسارة ، وفي اقتسام المخاطرة ، وذلك في إطار بعض العقود الشرعية المعروفة ، كالمضاربة والمشاركة .. إلخ وذلك سواء في مجال تجميع الموارد ، أو توظيفها ، أو حتى في مجال الخدمات المصرفية ، ومعنى ذلك أن طبيعة الضمان الملائمة لأنشطة البنوك التقليدية ، تصبح غير ملائمة هنا في أنشطة المصارف الإسلامية ؛ وذلك لاختلاف طبيعة العلاقة الحاكمة لأنشطة المصارف الإسلامية ، عنها في البنوك التقليدية .

فما هي إذن طبيعة الضمان ، الملائم لأنشطة المصارف الإسلامية من الوجهة النظرية ؟

هذا ما يحاول البحث العثور له على إجابة ، وذلك من خلال المباحث الثلاثة التالية :

المبحث الأول : الضمان ، وتجميع الموارد في المصارف الإسلامية .

المبحث الثاني : الضمان ، وتوظيف الموارد في المصارف الإسلامية .

المبحث الثالث : الضمان ، والخدمات المصرفية في المصارف الإسلامية .

* * *

المَبْحَثُ الأَوَّلُ

الضمان ، وتعبئة الموارد في المصارف الإسلامية « الإطار النظري »

الفرع الأول : مصادر الموارد المالية في المصارف الإسلامية ، وطبيعة العلاقة الحاكمة لها :

تتمثل مصادر الأموال في المصارف الإسلامية – كما هي في البنوك التقليدية – في مصدرين رئيسيين :

المصدر الأول : الموارد الذاتية « حقوق الملكية » .

المصدر الثاني : الموارد الخارجية « الودائع » .

والموارد الذاتية هي حقوق المساهمين ، أو ما يسمى بحق الملكية ، وتتكون من رأس المال المدفوع ، والاحتياطيات ، والمخصصات ، والأرباح غير الموزعة .

وبموجب حق الملكية هذا ، يكون للمساهمين الحق في إدارة أعمال المصرف ، كما أنهم مشاركون في نتيجة نشاط المصرف من ربح ، أو خسارة ، بنسبة حصة كل منهم في رأس المال ؛ وذلك لأن العلاقة التي تجمعهم ، والتي تربطهم بالمصرف – كشخصية معنوية – هي علاقة المشاركة ، ولذلك كان تكييف العلاقة التي تربط بين المساهمين « أصحاب حقوق الملكية » ، والمصرف الإسلامي ، قائمة على أساس عقد الشركة .

أما بالنسبة للموارد الخارجية ، فهي عبارة عن الودائع ، التي يقوم أصحابها بإيداعها في المصرف الإسلامي ، والتي تختلف طبيعتها باختلاف أسلوب السحب منها ، ومدى استحقاقها للعائد ، ونوعية العلاقة بين أصحابها والمصرف ، وهي تبعًا لذلك على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : ودائع تحت الطلب « جارية » .

النوع الثاني : ودائع إدخارية « توفير » .

النوع الثالث : ودائع استثمارية .

والودائع تحت الطلب هي الأموال التي يقوم أصحابها بإيداعها بحسابات جارية بالمصرف ، ليس بهدف الحصول على عائد ، ولكن لتسهيل معاملاتهم اليومية - الشخصية ، والتجارية - من خلال السحب ، والإضافة المستمرة .

وإذا كانت الودائع الجارية في كل من المصارف الإسلامية ، والبنوك التقليدية تشترك في عدم استحقاقها لأي عائد ، وضمان كل منهما لردها كاملة لأصحابها عند طلبها - في أي وقت - إلا أن هناك فارقًا مهمًا ، وهو أن الحساب الجاري في البنوك التقليدية ، يمكن أن يتحول إلى حساب مدين ، من خلال السحب على المكشوف ، وهذا لا يمكن تحققه في المصرف الإسلامي ، على اعتبار أن نظام السحب على المكشوف ، هو صورة من صور الإقراض بالفائدة ، وهو غير جائز شرعًا .

وإذا كانت المبالغ المودعة بالحساب الجاري تعتبر وديعة من الناحية القانونية ، والمصرفية ، إلا أنها من الناحية الشرعية لا تعد كذلك ؛ لأن من شروط الوديعة : الضمان ، وردها بعينها ، ولما كان المصرف لا يلتزم برد الوديعة بعينها ، وإنما يقوم بردها بمثلها ، فإن التكييف الشرعي للودائع الجارية في المصارف الإسلامية ، أخذ حكم القرض ، حيث يجري عليها ما على المقرض من الضمان ، ورد المثل .

ولذلك فإنه حتى لو تضمنت شروط الإيداع ، حق البنك في التصرف في هذه الودائع ، فإن هذا التصرف يكون تحت مسؤولية المصرف ، ولحسابه ، ويبقى ملتزمًا بردها كاملة عند طلب صاحبها .

أما الودائع الادخارية ، فهي حسابات يقوم أصحابها بفتحها بغرض حفظ مدخراتهم من الأموال الزائدة عن استهلاكهم الحالي ، ويسمح لهم بالسحب منها في أي وقت ، مع ضمان ردها كاملة .

والفارق الرئيسي بين هذه الحسابات في كل من المصارف الإسلامية ، والبنوك التقليدية ، أن الأخيرة تلتزم بمنحها فوائد في نهاية كل فترة زمنية ، تحسب على أقل رصيد خلال هذه الفترة ، بعكس الحال في المصارف الإسلامية ، التي لا تلتزم بهذا الشرط ؛ لكونه ربًا محرمًا .

ولأن ودائع التوفير تتشابه مع الودائع الجارية - من حيث إمكانية السحب منها في أي وقت ، وضمان المصرف لأصحابها بردها كاملة بعقد - أوصى مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي ، بعدم إعطاء أرباح على أرصدة هذه الحسابات ، ومعاملات الحسابات الجارية ، إلا في الحالة التي ينص فيها عند فتح الحساب ، على أن المعاملة بين المودع ، والمصرف تأخذ حكم المضاربة (١) .

بينما يرى البعض ضرورة تقديم المصارف الإسلامية مزايا للمدخرين ؛ تشجيعًا لهم على الإيداع ، والادخار ، كأولوية منح القروض الحسنة ، وبعض الجوائز العينية ... أو النقدية .. إلخ .

وعلى العموم ، فإنه تبعًا للراجح من الأقوال ، تعتبر العلاقة التي تربط أصحاب ودائع الادخار بالمصرف الإسلامي ، هي علاقة القرض - كالحسابات الجارية - طالما أن المصرف ملتزم برد المثل ، وبضمان ردها ، وغير ملتزم بمنحها أي عائد ، أما بالنسبة للرأي القائل باستحقاقها للعائد - في الحالة التي يُنص فيها عند فتح الحساب ، على أن المعاملة بين المودع ، والمصرف تأخذ حكم المضاربة - فإنه عند الأخذ بهذا الرأي ، تكون هذه الودائع قد انتقلت من كونها ودائع ادخارية ، إلى ودائع استثمارية على أساس المضاربة ، وعندها يتغير موقف المصرف منها من حيث الضمان ، والعائد .

وأما بالنسبة للأقوال التي تنادي بمنحها حوافز ، فإنه لكون هذه الحوافز غير مشروطة ، وغير ملزمة ، وغير ثابتة ، فهي بمثابة حسن قضاء من البنك ، لا تغير من علاقة القرض القائمة بين المصرف ، وأصحاب الودائع الادخارية في شيء .

أما الودائع الاستثمارية فهي الأموال التي يضعها أصحابها بغرض تحقيق الربح ، من خلال قيام المصرف الإسلامي باستثمارها ، سواء بصورة منفردة ، أو مشتركة مع غيره من المتعاملين ، وهذه الودائع يمكن أن تكون على صورتين :

الصورة الأولى : ودائع الاستثمار المخصص : وفي هذا النوع يختار العميل المودع مشروعًا معينًا يحدده المصرف ؛ ليقوم باستثمار أمواله فيه ، ويحكم العلاقة هنا بين المصرف ، والمودع عقد المضاربة المقيدة ، حيث المودع هو رب المال ، والمصرف هو العامل .

---

(١) قرارات مؤتمر المصرف الإسلامي الأول بدبي مايو (١٩٧٩م) ، (٣٢/١ ، ٣٣) .

الصورة الثانية : وهي ودائع الاستثمار العامة ؛ حيث يخول المودعُ المصرفَ استثمار هذا المال ، في أي مشروع يختاره ، ويحكم هذه العلاقة بين المودع ، والمصرف ، عقد المضاربة أيضًا ، ولكن في صورته المطلقة .

وفي ضوء هذا يتضح أن العلاقة بين المصرف الإسلامي ، وأصحاب الودائع الاستثمارية ، يحكمها عقد المضاربة ، وهو ما ذهب إليه أصحاب المحاولات التي قامت لتطوير عقد المضاربة ، ليلائم العمل المصرفي ، باستثناء بعض الأقوال المحدودة التي رأت أن المصرف الإسلامي يجب أن يقوم بدور الوكالة عن أصحاب هذه الأموال (١) .

وهنا في ضوء هذا التكييف يتحدد دور وطبيعة الضمان الخاص بهذا النوع من الودائع في إطار أحكام عقد المضاربة .

وبعد أن اتضحت طبيعة العلاقة بين المصرف الإسلامي ، وكل مصدر من موارده المالية المختلفة ، فما هو أثر هذه العلاقة على قضية الضمان لكل نوع من هذه الموارد ؟

في ضوء العرض السابق ، يمكن تحديد دور وطبيعة الضمان لكل نوع من أنواع الموارد المالية للمصارف الإسلامية ، ومدى الاتفاق معه ، أو الاختلاف عنه في البنوك التقليدية ؛ فمن حيث حقوق الملكية – أو الموارد الداخلية – فإن العلاقة بين أصحابها ، وبين المصرف ، هي علاقة الملكية ، التي تعطي لصاحبها حق الإدارة والتصرف ، ومن البديهي أن من يملك ليس في حاجة إلى ضمان ، وممن يكون الضمان ، وهو صاحب الحق ، وملكه في حيازته ، وتحت تصرفه ؟ ومن ثم ، فإن قضية الضمان هنا ليست مثارة في هذا النوع من الموارد ، وفي البنوك التقليدية ، تكاد تكون نفس العلاقة بين البنك ، وحَمَلة الأسهم في صورتها النهائية ، وفي نفس الوضع لقضية الضمان .

أما بالنسبة للودائع الجارية ، فأيضًا تكاد تكون نفس طبيعة العلاقة بين المصرف – البنك – وأصحاب الودائع الجارية وإن اختلفت تسميتها من ودائع إلى قرض ؛ حيث المصرف « البنك » ملتزم بضمان قيمة الوديعة كاملة ، حتى وإن حصل على حق التصرف من المودع ، فنتيجة هذا التصرف تكون له أو عليه ، ومن ثَّم فلا خلاف هنا

---

(١) فيتفق مع رجال الأعمال الراغبين في تمويل مشروعاتهم ؛ حيث يستحق المصرف هنا عمولة « أجر » مقابل هذه الوكالة ، ولكن يلاحظ أن ما يتقاضاه المصرف هنا ، يكون من قبيل قيامه بالأعمال المصرفية الخدمية ، وليس الاستثمارية .

أيضًا حول قضية الضمان ، من أن البنك - أو المصرف - يضمن كامل الوديعة لصاحبها ، ومن ثمَّ ، فهناك أيضًا اتفاق بين المصارف الإسلامية ؛ والبنوك التقليدية في هذا الشأن تقريبًا .

ونفس الشيء يمكن أن يقال بالنسبة لودائع التوفير « الادخار » ؛ فكل من البنك التقليدي ، والمصرف الإسلامي يضمن كامل الوديعة لصاحبها عند طلبه ، مع ملاحظة ضرورة الإشارة إلى الفارق الأساسي بين كل منهما فيما يتعلق بطبيعة العائد ، ومدى أحقية هذه الودائع في الحصول عليه .

أما بالنسبة للودائع الاستثمارية ، فهى نقطة الاختلاف الرئيسية بين كل من البنك التقليدي ، والمصرف الإسلامي ، فيما يتعلق بقضية الضمان ، ومرجع هذا الاختلاف في الأساس يعود إلى طبيعة العلاقة الحاكمة بين كل من البنك التقليدي والمصرف الإسلامي من جهة ، وأصحاب الودائع الاستثمارية في كل منها من جهة أخرى .

فالعلاقة بين أصحاب الودائع الاستثمارية ، والبنك التقليدي ، هي علاقة القرض بمفهومه التقليدي - أي علاقة دائن بمدين ، يلتزم فيها البنك - كطرف مدين - بضمان وقيمة الوديعة ، وفوائدها المستحقة في أجل محدد .

أما العلاقة بين المصرف الإسلامي ، وأصحاب الودائع الاستثمارية ، فهي مختلفة شكلًا وموضوعًا ؛ حيث يحكمها عقد المضاربة ، المودع فيها « رب المال » ، والمصرف « العامل » بهذا المال ، ومن ثَمَّ تخضع قضية الضمان هنا لأحكام عقد المضاربة ؛ ونظرًا لأن هذه العلاقة هي العلاقة الرئيسية المميزة لطبيعة الموارد المالية بين كل البنوك التقليدية ، والمصارف الإسلامية ، فقد شغلت هذه القضية حيزًا كبيرًا من تفكير منظري المصارف الإسلامية ، وهو ما يستدعي ضرورة إفراد النقطة التالية من البحث لها .

الفرع الثاني : الضمان ، والودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية « التصورات النظرية » :

اتضح مما سبق ، أن العلاقة بين المصارف الإسلامية ، وأصحاب الودائع الإستثمارية ، تم تكييفها على أساس عقد المضاربة ، المودع فيها « رب المال » والمصرف هو « العامل » المضارب بهذا المال ، ومن ثَمَّ فإن قضية الضمان هنا يجب أن تبحث ، ويتم تحديدها في ضوء أحكام وقواعد عقد المضاربة في الفقه الإسلامي .

والأصل في المضاربة أن العامل لا يضمن ما يصيب رأس المال - المسلم إليه - من تلف ، وما يقع عليه من خسارة ، إلا إذا تعدى ، أو قصر ، أو خالف الشروط المتفق عليها مع رب المال ؛ وذلك لأن الفقهاء اعتبروا العامل أمينًا ، والأمين لا يضمن إلا في الحالات السابقة ، هذا الحكم محل اتفاق ، وإجماع كل الفقهاء الذين تناولوا عقد المضاربة ، ولم يعرف مخالف لهذا الحكم .

ومعنى ذلك - وبالقياس عليه - فإنه لا يجوز أن يضمن المصرف الإسلامي للمودع وديعته - الاستثمارية - وإلا فسد عقد الإيداع القائم على أحكام المضاربة ، ومعنى هذا أن المصرف يقوم باستثمار هذه الودائع ، بصفته عاملًا ، وفي حالة تحقق ربح يقتسمه مع المودع ، حسب النسبة المتفق عليها عند الإيداع ، وفي حالة الخسارة يتحملها المودع - كرب مال - من رأسماله ، ويكون له الحق في استرداد ما بقي من رأسماله « وديعته » بعد خصم قيمة الخسارة المتحققة .

هذا هو الأصل في قضية الضمان في عقد المضاربة ، وفيما يجب أن يكون عليه الوضع في الودائع الاستثمارية للمصارف الإسلامية ، ولكن مع بداية ظهور المحاولات التي قامت لتطوير عقد المضاربة ؛ ليلائم عمل المصارف الإسلامية ، ظهرت بعض الآراء التي تنادي بتوفير الضمان الكافي والملائم لأصحاب الودائع الاستثمارية ، وكان مبعث هذا الاتجاه لدى هؤلاء ، هو الرغبة في أن تكون المصارف الإسلامية في مركز تنافسي قوي للبنوك التقليدية ، التي تضمن للمودع استرداد كامل وديعته ، وفوائدها في الوقت المحدد .

فيرى أحد هؤلاء أنه يجب أن نحدد حقوق المودعين في المصرف الإسلامي بالشكل الذي ينسجم مع الإسلام ، ويحافظ على الدوافع التي تدفع أصحاب الودائع فعلًا إلى إيداع أموالهم ؛ لأننا إذا لم نضمن هذه الودائع ، فسوف ينصرف أصحاب الودائع عن الإيداع لدى البنك اللاربوي - إلى البنوك الربوية - ومن أهم هذه الدوافع ، كون الوديعة مضمونة من البنوك الربوية ، بوصفها قرضًا [١] .

وفي ضوء هذا ، قامت محاولات للبحث عن أساس شرعي ، لتحقيق هذا الضمان لأصحاب الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية .

---

(١) محمد باقر الصدر : البنك اللاربوي في الإسلام ، (ص ٣١ ، ٣٢) .

فقد رأى أحد هؤلاء ، أن الأساس الملائم لجعل البنك ضامنًا لأموال المودعين ، هو النظر للبنك كمضارب « عامل » مشترك ، على غرار الأجير المشترك .

وقياسًا على ما ذهب إليه بعض الفقهاء من القول ، بتضمين الأجير المشترك ، يمكن للبنك كمضارب مشترك أن يضمن هذه الودائع التي لديه (١) .

وقد تعرض هذا الرأي لانتقادات عديدة ، من أهمها : أن من شروط صحة القياس أن يكون الحكم المراد تعديته للأصل ثابت بنص ، أو إجماع ، والقول بتضمين الأجير المشترك ، ليس محل إجماع من الفقهاء ، ومن ناحية أخرى ، فإن الأجير المشترك يعمل لمؤجره نظير أجر معلوم محدد ، أما المضارب ، فهو شريك ، وإن كان نصيبه في الشركة هو عمله .

ومن ناحية أخرى ، يرى البعض أن اعتبار البنك ضامنًا ، يجعل وضع الأموال المودعة لديه للاستثمار ، يقترب كثيرًا من وضعها إذا ما أودعت في البنوك الربوية ، من حيث اعتبارها قروضًا ، وليست ودائع (٢) .

وذهب آخر إلى القول بتأسيس ضمان البنك اللاربوي للودائع الاستثمارية المسلمة إليه ، على أساس التبرع بالضمان من جانب البنك ؛ وذلك لأن البنك ليس العامل في المال ، بل هو هنا وسيط بين العامل ورب المال ، فهو جهة ثالثة يمكنها أن تتبرع بالضمان ؛ لأنه ما لا يجوز هو أن يضمن العامل رأس المال ، وبهذا يرى أنه يمكن أن نحتفظ للمودع في البنك اللاربوي بضمان وديعته ، لا عن طريق اقتراض البنك للوديعة - كما يقع في البنوك الربوية - ولا عن طريق فرض الضمان على المستثمر ؛ لأنه يمثل دور العامل ، ولا يجوز شرعًا فرض الضمان عليه ، بل يقوم البنك نفسه بضمان الوديعة ، والتعهد بقيمتها كاملة للمودع في حالة الخسارة ، وهذا جائز شرعًا - حسب رأيه ؛ لأن البنك ضمن بوصفه وسيطًا - أي جهة ثالثة - يمكنها التبرع بالضمان وليس كأحد طرفي المضاربة (٣) .

بل ويذهب صاحب هذا الرأي إلى ما هو أبعد من حد ضمان البنك للوديعة - أي

---

(١) سامي محمود : تطوير الأعمال المصرفية ، مرجع سابق ، (ص ٢٤٢) .

(٢) د. غريب الجمال ، المصارف وبيوت التمويل الإسلامية ، (ص ٢٠٢) .

(٣) محمد باقر الصدر : البنك اللاربوي في الإسلام ، (ص ٣٢ ، ٣٣) .

تحمله للخسارة في حالة حدوثها - إلى المطالبة بضرورة ضمان البنك لحد أدنى من الدخل للمودع ؛ حيث يقترح أن يكون هناك نسبة مئوية من الربح ، تخصص للمودع ، لا تقل عن الفائدة التي يتقاضاها المودع في البنك الربوي ؛ لأنها إذا قلت عن الفائدة ، انصرف المودعون - حسب اعتقاده - عن إيداع أموالهم في هذا البنك ، إلى البنوك الربوية ؛ بل ويذهب إلى حد المطالبة بأن تكون هذه النسبة المئوية - الثابتة كحد أدنى - المعطاة للمودعين ، تزيد شيئًا ما على سعر الفائدة .

ويرى أن الذي يضمن هذا الدخل هنا هو البنك ، وليس المستثمر ، بالإضافة إلى ضمانه لقيمة الوديعة في حالة الخسارة كما سبق .

وعلى الرغم من أن هناك انتقادات عديدة توجه لهذه المحاولة - سيأتي تفصيلها فيما بعد - إلا أنه من الضروري الوقوف عند عنصرين رئيسيين : أحدهما : مالي (فني) ، والآخر : شرعي ، والجانب المالي يتعلق بتكلفة هذا الضمان الذي يقدمه البنك لقيمة الوديعة كحد أدنى من الربح ، من أين ستدفع قيمة هذه التكلفة - في حالة حدوث خسائر - إذا كان المستثمر لا دخل له في تحمل هذه التكلفة ؟ وإذا سلمنا بتحميل المستثمر لجزء من هذه التكلفة ، من خلال زيادة نسبة (حصة) الربح التي يحصل عليها البنك ، ألا يؤدي ذلك - بالاعتماد على نفس منطق التحليل - إلى تحول المستثمر للبنك الربوي ، على اعتبار أن تكلفة الاقتراض منه أقل منها في البنك اللاربوي .

أما بالنسبة للجانب الشرعي : فبدون الدخول في شروح أو تفاصيل ، يمكن طرح السؤال التالي : ماذا بقي للمضاربة الشرعية من فروق تميزها عن القرض الربوي ، بعد ضمان رأس المال وحد أدنى من الربح أعلى من سعر الفائدة ؟ .

وعلى مستوى فكري آخر يتعلق باقتراح إنشاء سندات للمضاربة ، طرحت أيضًا قضية الضمان بتصورات قريبة من الاقتراحات السابقة .

فقد تعرض قانون سندات المقارضة (المضاربة) الأردني الصادر في عام (١٩٧٨م) لهذه القضية ؛ حيث تضمن أحقية كل مكتتب في الحصول على القيمة الاسمية التي دفعها في سنده ، عند حلول موعد هذه السندات ، حتى لو أدى النشاط إلى خسارة ، وذهب بجزء من الربح [١] ، واعتمد القانون في ذلك على كفالة الحكومة كطرف

---

(١) المادة (١٢) من قانون سندات المقارضة الأردني .

ثالث بين وزارة الأوقاف صاحبة المشروع ، وحملة السندات كممولين ، في ضمان قيمة هذه السندات ، والتزامها بسداد قيمتها ، مهما كانت الظروف ، على أن تعود الحكومة بقيمة ما تحملته على الجهة المصدرة - وزارة الأوقاف - في نهاية المشروع .

وقد تعرضت هذه الطريقة لهجوم شديد ؛ وذلك لأن الضامن الحقيقي هنا هو المصدر لهذه السنوات - وزارة الأوقاف - وليس الدولة ، وعلى اعتبار أن الأخيرة سوف تعود - بعد ذلك - على الجهة المصدرة بما دفعته ، حيث اعتبر القانون أن ما سددته الدولة لحملة الأسهم - في حالة الخسارة - يعتبر قروضًا على الجهة المصدرة ، تلتزم بتسديده بعد انتهاء المشروع ، وإطفاء كامل السندات .

وفي محاولة أخرى ، يحاول البعض (1) أن ينطلق من هذا الانتقاد ، ليقترح صورة جديدة للضمان في سندات المقارضة « المضاربة » ، يعتمد على وجود طرف ثالث مستقل ، يتحمل - بصورة كاملة ومستقلة - عملية تمويل هذا الضمان ، حيث يقترح إنشاء صندوق مستقل لهذا الغرض ، أو تتكفل الدولة - من أجل المصلحة العامة - بتقديم هذا الضمان ، وما يتطلبه من تمويل مواردها العامة ، بحيث لا يكون للجهة المصدرة ، أو حملة السندات ، أية صلة مباشرة أو غير مباشرة ، في تحمل تبعات هذا الضمان .

ولكن صاحب هذا الاقتراح يذهب في عرض اقتراحه ، إلى ما هو أبعد من ضمان هذه الجهة - الثالثة - المستقلة لرأس مال المضاربة « قيمة السندات » ، حيث يقترح توسيع قاعدة هذا الضمان ، لتشمل أيضًا - بجانب تحمل الخسارة - ضمان حد أدنى من العائد ، تتبرع به الجهة الضامنة .

وعلى الرغم من أن هذا الاقتراح حاول تقديم تصور لطرف ثالث مستقل يتحمل مسؤولية وتكاليف هذا الضمان ، إلا أنه أيضًا وقع في مخالفات فنية وشرعية ، مثله مثل المحاولات السابقة ؛ فمن ناحية ، لم يبين من أين تتحمل هذه الجهة تكاليف هذا الضمان ؟ وعلى أي أساس ؟ وما هي مصلحتها ، أو الفائدة التي ستعود عليها من ذلك ؟ ومن ناحية أخرى ، لم يكتف بتقديم الضمان لصاحب الوديعة بقيمة وديعته في حالة الخسارة ، بل تضمن اقتراحه ضمان حد أدنى من الربح أيضًا ، وهنا يثور نفس السؤال

---

(1) منذر قحف : سندات القراض وضمان الفريق الثالث ، (ص ٥٦ ، ٥٧) .

السابق وهو : وماذا بقي لهذه الصورة للمضاربة من خصائص شرعية تميزها عن القرض الربوي ؟

والباحث لا يريد أن يقف - في تقييمه لهذه المحاولات - عند الانتقادات الشرعية أو الفنية ، التي يمكن أن توجه لكل محاولة من هذه المحاولات التي سعت للعثور على غطاء شرعي ، لضمان البنك الإسلامي لأموال المودعين لديه من خلال عقد المضاربة ، وإنما يود أن ينطلق في حكمه على هذه المحاولات من أصل الموضوع ، ودوافع نشأته .

فقد كان المبعث الأساسي لبداية التفكير في هذه القضية ، هو طبيعة الواقع الحالي الذي ستعمل فيه هذه المصارف الإسلامية ، وهذا الواقع المقصود يتمثل في طبيعة نظام العمل في البنوك التقليدية ، التي تضمن للمودعين ودائعهم ، وفوائدها مسبقًا ، ومما لا خلاف عليه أن دراسة الواقع ومراعاة خصائصه عند بحث أي محاولة لاستحداث أو تطوير أسلوب ، أو نظام ما أمر مطلوب ؛ بل وواجب - ليس فقط من الناحية الفنية ، والعملية - ولكن أيضًا من الناحية الشرعية .

ولكن دراسة الواقع ، وفهم طبيعته عند استحداث ، أو تطوير أي أسلوب لا يعني - من الناحية الشرعية - التسليم بكل عناصر هذا الواقع على ما هي عليه ، أي اعتباره عنصرًا ثابتًا ومستقلًا ، بحيث يتم البحث عن الأساليب ، والوسائل التي تلائمه ، واعتبارها عنصرًا تابعًا لهذا الواقع مهما كانت طبيعته من الناحية الشرعية ، ولكن من الضروري أن تكون هناك مساحة لعنصر تغيير هذا الواقع في هذا الشأن ، وخاصة إذا كان واقعًا غير شرعي .

فإذا عدنا إلى هذا الواقع الذي ثارت بسببه هذه المحاولات ، فإننا نجده يتمثل في طبيعة عمل البنوك الربوية ، التي يقوم ميكانيزم العمل بها على أساس نظام القرض الربوي ، وهو بلا شك ، واقع غير شرعي ، فكيف تنصب كل الجهود المبذولة في هذه المحاولات ، لتلبية متطلبات غير شرعية ، دون أن يكون لتغيير هذا الواقع غير الشرعي أي نصيب في هذه المحاولات ؟ .

ولذلك يؤخذ على هذه المحاولات - جميعًا - إهمالها لهذا الجانب عند مناقشتها لهذه القضية .

ومن ناحية أخرى ، فمن المتفق عليه أيضًا ، أنه مهما كانت طبيعة هذا الواقع ، فإن

الأساليب والطرق المقترحة للتطبيق فيه ، يجب ألا تكون مخالفة لأحكام الشريعة ، أو المبادئ الفقهية العامة ، التي تحكم المعاملات ، وهذه المحاولات جميعًا خرجت عن حكم فقهي محل اتفاق عام ، ولم يوجد من يخالفه ، وهو أن الضمان في المضاربة يكون على رب المال ، وأن العامل لا يضمن الخسارة إلا في حالة التعدي أو التقصير ، أو مخالفة الشروط .

ولكن هذه المحاولات أخذت النصف الأخير من هذا الحكم ، وبدأت تنطلق منه في محاولتها لإيجاد غطاء شرعي لقضية الضمان ، وذلك على أساس أن العامل لا يضمن ، ولكن من الجائز أن يقوم طرف ثالث بتقديم هذا الضمان وهنا نكون قد حققنا للمودع الضمان المطلوب في إطار شرعي ، حسب تصورات هذه المحاولات .

والحقيقة أن قضية الضمان في المضاربة ليست مرتبطة فقط بمن يقدم الضمان ، ولكنها مرتبطة في الأساس بمبدأ قضية الضمان . بمعنى أن الأمر لا يتعلق فقط بعدم جواز ضمان العامل لرأس مال المضاربة ، وإنما يتعلق بطبيعة دور رأس المال في عملية المضاربة، وموقف صاحبه منه ، وهو الشق الأول من الحكم الفقهي السابق ؛ ولذا فأصل الحكم ألا يكون رأس المال مضمونًا لصاحبه من خلال هذه العملية ، بمعنى أن يعتمد على عنصر المخاطرة - أي احتمالات الربح ، والخسارة - وأن يكون موقف رب المال « المودع هنا » من ماله قائمًا - هنا - على هذا الأساس .

ولذلك ، فإن توفير الضمان لرب المال « أو المودع » - حتى وإن لم يكن من العامل ذاته - يخالف أصلًا من أصول المضاربة ، محل اتفاق كل الفقهاء .

والخلاصة :

أن طرح قضية الضمان وفق هذا التصور للودائع الاستثمارية للمصارف الإسلامية ، التي تعتمد على صيغة المضاربة ، أمر يجب أن يكون مرفوضًا هنا من أساسه ، ويجب أن تتم دراستها ، وتقديم الحلول لها ، وفق طبيعة نظام المضاربة ، وبما لا يخالف المبادئ الأساسية لعقد المضاربة .

وهذا ما سيتم تناوله في الفصل الرابع من البحث ، عند الحديث عن الحلول المقترحة لقضية الضمان في معاملات المصارف الإسلامية .

* * *

المَبْحَثُ الثَّانِي

الضمان في مجال نشاط الاستثمار في المصارف الإسلامية [1] « الإطار النظري »

الفرع الأول : طبيعة نشاط التوظيف في كلٍّ من : البنوك الإسلامية ، والتقليدية ، وأثره على نوعية الضمان المطلوب :

يحكم نشاط البنوك عامة – كمؤسسات وساطة مالية – قاعدة ثلاثية شهيرة ، يجب مراعاة تحقيق عناصرها مجتمعة في آنٍ واحد ، وهذه العناصر هي : الربحية ، والسيولة ، والضمان ؛ فالبنوك باعتبارها مؤسسات مالية تستهدف تحقيق الربح ، تسعى لتحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح ، وذلك فهي تعمل على توظيف أكبر قدر من الموارد المالية المتاحة لديها ، غير أن هذا السعي ، إذا كان يفتقر إلى توافر الضوابط ، والضمانات الملائمة ، فإنه قد يأتي بنتيجة عكسية ، فتتحول الأرباح المنشودة إلى مخاطر مرتفعة ، وخسائر محققة .

ولذلك كان من الضروري على البنوك – وهي تسعى لتوظيف أكبر قدر من مواردها – ألا تغفل قضية الضمان كشرط ضروري لتحقيق الغاية من هذا التوظيف ، وهو الربح ، وتقليل مستوى المخاطر التي تتعرض لها هذه الأموال إلى أدنى مستوى .

ومن هنا يتضح أن قضية الضمان ترتبط بعملية التوظيف ؛ ولذلك فإن طبيعة الضمان الملائم ، تتحدد في ضوء طبيعة هذا التوظيف ، وطبيعة المخاطر التي يحتمل تعرضها له .

ومن المعلوم أن فلسفة وطبيعة عمل المصارف الإسلامية – في مجال توظيف مواردها – تختلف عنها بالنسبة للبنوك التقليدية ، وهو يؤدي إلى اختلاف طبيعة المخاطر التي تتعرض لها هذه المصارف في هذا المجال ، ومن ثَمَّ الضمانات التي يجب توافرها

(١) انظر : محمد عبد المنعم أبو زيد ، النشاط الاستثماري للمصارف الإسلامية ومعوقاته ، المرجع السابق ، (ص ٢٦٣) وما بعدها .

للسيطرة على هذه المخاطر .

فالبنوك التقليدية يعتمد نشاطها الأساسي ، لتوظيف مواردها على عملية الإقراض بنظام سعر الفائدة ؛ حيث تكون العلاقة بين البنك ، والعميل - الحاصل على التمويل - علاقة الدائن بالمدين ، والتي يحصل البنك بموجبها - باعتباره الطرف الدائن - من العميل المقترض ، على كافة الضمانات العينية والشخصية ، التي تكفل له استرداد أصل الدين « القرض » ، وفوائده ، في تاريخ استحقاقه ، وفي حالة تخلف العميل عن السداد في الوقت المحدد ، يبدأ نظام فوائد التأخير في العمل آليًا ، بما يضمن حقوق البنك أيضًا ، أمام أية احتمالات للمماطلة ، أو التلاعب من قبل العملاء .

ومن ثَمَّ فإن المخاطر التي تواجه البنك التقليدي في مجال توظيف موارده ، تتمثل في مخاطر عدم الالتزام بالسداد من جانب العملاء المقترضين ، وعليه فمن المنطقي أن تتوافق طبيعة الضمانات التي يطلبها البنك التقليدي لعملية الإقراض ، مع طبيعة المخاطر التي تتعرض لها هذه العملية ، حتى يكون لها القدرة على الحد من هذه المخاطر .

فالبنك لا علاقة له بنتيجة نشاط العميل من ربح أو خسارة ، ولذلك فإن نوعية الضمان يجب أن تكفل له استرداد حقوقه - أصل القرض ، وفوائده - في كل الظروف ؛ ولذلك نجد أن نوعية الضمانات التي تحصل عليها البنوك التقليدية في هذا الشأن ، تتركز حول الضمانات العينية والشخصية ، ويساعدها على ذلك النظم والتشريعات القانونية المساندة لهذا الوضع .

أما بالنسبة للمصارف الإسلامية فيعتمد نشاطها الأساسي لتوظيف مواردها المالية على نشاط الاستثمار ، سواء بمفردها ، أو بالاشتراك مع غيرها من المتعاملين ، من خلال أساليب الاستثمار الشرعية الجديدة ، وذلك بالبحث عن الفرص الاستثمارية الملائمة ، ودراستها وتقويمها ، وتنفيذها بطريقة جيدة .

ومعنى ذلك : أن طبيعة نشاط التوظيف هنا تختلف اختلافًا كميًا عن طبيعة عملية الإقراض في البنوك التقليدية ؛ وأن هناك العديد من العناصر الحاكمة لها ، والمؤثرة فيها .

هذا بالإضافة إلى أن طبيعة العلاقة بين المصرف ، والمتعاملين - طالبي التمويل - تختلف في المصارف الإسلامية ، عنها في البنوك التقليدية ؛ فليس هنا دائن ، أو مدين ، وإنما علاقة مشاركة في الربح ، والخسارة ، ومن ثَمَّ المشاركة في تحمل المخاطر التي تواجه

العملية الاستثمارية ، والتي تختلف من عملية لأخرى ، ومن عميل لآخر ، ومن أسلوب استثمار لآخر ... إلخ .

وفي ضوء هذا : يتضح أن المخاطر التي تواجه المصارف الإسلامية في مجال توظيف مواردها لا ترجع فقط لاحتمالات عدم التزام العميل بالسداد ، وإنما ترتبط بنوعية العملية الاستثمارية ، وما يتوفر لها من احتمالات للنجاح ، وأيضًا بطبيعة وظروف البنية الاستثمارية ، والمتغيرات الاقتصادية الحاكمة ، وأيضًا بمدى توافر الإمكانيات ، والأساليب الملائمة لدى المصرف ، والعاملين به على دراسة واختبار العمليات الناجحة ، والعميل الملائم ، هذا بالإضافة إلى نوعية أسلوب الاستثمار المستخدم لتنفيذ العملية من مشاركة ، أو مضاربة ، أو مرابحة ، حيث تختلف درجة المخاطر التي تتعرض لها هذه الاستثمارات من أسلوب لآخر .

ولذلك فإن استثمارات المصارف الإسلامية تتميز بارتفاع عامل المخاطرة ، إذا ما قيست بمخاطر الائتمان التقليدي للبنوك التقليدية [١] .

ولذلك فإن طبيعة الضمانات التي يجب توافرها لاستثمارات المصارف الإسلامية يجب أن تكون ملائمة لطبيعة المخاطر التي تتعرض لها ، بحيث تتيح القدرة على الحد من هذه المخاطر ، والعمل على توفير أكبر قدر من الضمان لهذه الاستثمارات .

الفرع الثاني : طبيعة الضمانات الملائمة لاستثمارات المصارف الإسلامية :

في ضوء التحليل السابق ، يتضح أن استثمارات المصارف الإسلامية تتعرض للعديد من المخاطر ، والتي من أهمها : المخاطر التقليدية التي تواجه الاستثمارات عامة ، مما يتطلب ضرورة دراسة واختيار العمليات الملائمة بدقة ، والعمل على تنفيذها ، وإدارتها بكفاءة ، هذا بالإضافة إلى المخاطر التي ترجع لطبيعة ونوعية المتعاملين المستثمرين - المشاركين للمصرف في العمليات الاستثمارية المختلفة - وهو ما يتطلب ضرورة العمل على دراسة واختيار العميل الملائم ، بطريقة جادة وعلمية ، وكل هذا يتطلب نوعية خاصة من العاملين ، تمتلك القدرة والكفاءة ، على التعامل مع المتغيرات الجديدة لهذا النشاط .

---

(١) د. سيد الهواري : أضواء على تحليل العائد الإسلامي للاستثمار ، (ص ٢٣) .

وإذا كانت هذه العناصر تمثل الضمانات الأساسية الملائمة لطبيعة استثمارات المصارف الإسلامية ، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من اعتماد هذه المصارف على بعض الضمانات التقليدية ؛ كالضمانات العينية ، والشخصية ، وبعض الضمانات الفنية التقليدية ، على أنه يراعى أن اللجوء لهذه الضمانات ، يكون بصورة ثانوية كضمانات تكميلية ، وأن يكون تطبيقها بصورة ملائمة لطبيعة فلسفة ونشاط المصارف الإسلامية .

وفي ضوء ما سبق ، يتضح أن الضمانات اللازمة - والملائمة - لمواجهة مخاطر استثمارات المصارف الإسلامية ، تتركز حول نوعين من الضمانات :

* **ضمانات أساسية ، وتتمثل في :**

- توافر الكفاءة الأخلاقية ، والعملية في العميل .
- دراسة ، واختيار ، وتنفيذ العملية الاستثمارية بكفاءة عالية .

* **ضمانات تكميلية ، وتتمثل في :**

- الضمانات العينية ، والشخصية .
- الضمانات الفنية .

وفيما يلي تعريف بمضمون وطبيعة كل نوع ، وبيان مدى أهمية كل منها ، لاستثمارات المصارف الإسلامية .

أولاً : الكفاءة الأخلاقية ، والعملية للعميل :

تمثل طبيعة العميل أحد العوامل الأساسية المؤثرة في نجاح ، أو فشل كثير من العمليات الاستثمارية للمصارف الإسلامية ، التي يقوم المصرف بتنفيذها بالمشاركة مع متعامليه - وخاصة في حالة المشاركات ، والمضاربات - حيث تتوقف نتائج هذه العمليات - إلى حدٍّ كبير - على مدى توافر صفات معينة في الشريك ، أو المضارب ، وبقدر توافر هذه الصفات ، بقدر ما ينخفض عامل المخاطرة لهذه العمليات ، وبنفس القدر تزيد احتمالات نجاحها ، والعكس بالعكس .

والصفات التي يجب توافرها في العميل - المشارك ، أو المضارب خاصة - ثلاث صفات رئيسية :

١ - يجب أن يكون ممن تتوافر فيهم الكفاءة الخلقية ، من حيث الأمانة ، والالتزام

بالسلوك الاجتماعي ، والمهني الطيب ، وأن يكون ذا سمعة حسنة .

٢ - يجب أن يكون ممن تتوافر فيهم الكفاءة العملية ، وأن يتمتع بالدراية الإدارية ، والفنية ، والخبرة العملية بمجال النشاط الذي يطلب من المصرف تمويله له .

٣ - يجب أن يكون مركزه المالي سليمًا ، وذلك بألا يكون معسرًا ، أو مدينًا بصورة تخل بعد ذلك بقدرته على سداد التزاماته للمصرف .

ويمثل توافر هذه العناصر في العميل أمرًا ضروريًا ، باعتبارها إحدى الضمانات الأساسية لمواجهة أحد مواطن المخاطر الرئيسية ، التي تتعرض لها استثمارات المصارف الإسلامية ، والراجعة إلى اعتماد هذه الاستثمارات على طبيعة ونوعية المتعاملين ، وتقع على عاتق المصرف المسؤولية الأولى في حسن اختيار المتعاملين الملائمين ، الذين يجب أن تتوافر فيهم هذه العناصر ، وعلى المصرف أن يسعى لامتلاك الوسائل التي تمكنه القدرة على تحقيق هذه المهمة (١) .

ثانيًا : دراسة ، واختيار العملية الملائمة بكفاءة :

يمثل حسن دراسة واختيار المشروعات الملائمة ، والتي تتوافر لها أكبر فرص النجاح ، إحدى الضمانات الأساسية التي يستطيع المصرف الإسلامي من خلالها مواجهة مخاطر استثمارية ، والحد منها ، سواء قام المصرف بتنفيذ هذه العمليات بمفرده مباشرة ، أو بالاشتراك مع غيره من المتعاملين .

ثالثًا : الضمان العيني ، والشخصي :

من المفترض أن تعتمد استثمارات المصارف الإسلامية - بالدرجة الأولى - على حسن اختيار العميل ، وحسن دراسة واختيار العملية ، كضمانات أساسية ، لمواجهة المخاطر التي تتعرض لها هذه الاستثمارات ، وإلا تلجأ لطلب ضمانات عينية ، أو شخصية من العميل ، كما تفعل البنوك التقليدية ، باعتبار العميل هنا شريكًا ، وليس مقترضًا .

ولكن ليس هناك ما يمنع من أن تلجأ المصارف الإسلامية لمطالبة بعض المتعاملين بتقديم مثل هذه الضمانات ، على أن يكون بصورة ثانوية وليست أساسية ، ولكن يجب

---

(١) انظر الفصل الرابع .

أن يكون واضحًا تمامًا أن الغرض من الضمانات العينية والشخصية هنا ، يختلف عن الغرض من هذه الضمانات في حالة البنوك التقليدية ؛ حيث يستهدف المصرف الإسلامي من هذه الضمانات ، أن تكون ضد تقصير العميل ، وعدم التزامه بالشروط المتفق عليها ، وليس لضمان استرداد أموال المصرف ، أو لتحقيق قدر ما من الأرباح ، أو ضد ما يحدث من خسائر لا يد للعميل فيها .

ولذلك لا يمكن اعتبار الضمان العيني ، أو الشخصي ، أحد عناصر ضمان نجاح العمليات الاستثمارية للمصارف الإسلامية ، وإنما هو أداة لضمان « لتأكيد » التزام العميل بالشروط المتفق عليها ، ومن ثم يظل حسن اختيار العميل ، وحسن دراسة واختيار العملية هما الضمان الأساسي لنجاح هذه الاستثمارات .

رابعًا : الضمانات الفنية :

من المفترض - بل من الواجب - أن يلجأ المصرف الإسلامي للاعتماد على كافة الأساليب ، والوسائل الفنية العلمية الحديثة - المباحة شرعًا - التي تمكنه من السيطرة على مخاطر العمليات الاستثمارية ، وتحقيق قدر من الضمان لهذه الاستثمارات ضد تلك المخاطر ؛ مثل : تنويع الاستثمارات ، وتكوين مخصص لمواجهة خسائر الاستثمارات ، واختيار الأساليب الاستثمارية التي تتلاءم مع طبيعة العملية الاستثمارية .. إلخ .

على أنه يجب ملاحظة أن هذه العناصر يتم الاعتماد عليها بالنسبة للاستثمارات التقليدية أيضًا ؛ ولذلك تظل من الضمانات التكميلية ، وليست ضمانات أساسية ؛ حيث تتركز الضمانات الأساسية حول عوامل نجاح هذه الاستثمارات في الأساس ، وعدم تعرضها للخسائر .

فالطبيعة الاستثمارية للمصرف الإسلامي القائمة على قاعدة « الغنم بالغرم » تلزمه بأن يتحمل نتائج العمليات الاستثمارية من ربح ، أو خسارة ، سواء كان ذلك بمفرده ، أو بالمشاركة مع متعامليه .

ولذلك يقع على عاتق المصرف الإسلامي مسؤولية دراسة المشروعات بصورة جيدة ، واختيار الملائم منها ، والتأكد من توافر فرص نجاحها ، وأيُّ تقصير ، أو إهمال من قبل المصرف في هذا الشأن يرفع من درجة المخاطرة التي تتعرض لها هذه الاستثمارات ، وبقدر ما تكون دقة ، وصلاحية هذه الدراسات ، واعتمادها على النواحي العلمية ،

والفنية المتقدمة ، بقدر ما يمثل ذلك ضمانًا أعلى لهذه الاستثمارات، وفي نفس الوقت - وبنفس القدر - تنخفض درجة المخاطر التي تواجهها ، والعكس بالعكس .

* * *

المَبحَثُ الثَّالِثُ

الخدمات المصرفية ، والضمانات في المصارف الإسلامية « الإطار النظري »

الفرع الأول : الخدمات المصرفية ، وموقع الضمان بينها :

تسعى المصارف الإسلامية لتقديم الخدمات المصرفية التي تقدمها البنوك التقليدية ، ولكن بأسلوب لا يتضمن أية مخالفة شرعية ؛ حيث تعتمد على استبعاد التعامل بالأساليب القائمة على نظام الفائدة أخذًا ، أو عطاءً ، واتباع قاعدة الحلال ، والحرام ، في مجال المعاملات عامة .

ويمكن تقسيم هذه الخدمات إلى نوعين رئيسيين : أولهما : مجموعة الخدمات المصرفية التي لا تتضمن تقديم تسهيلات مصرفية « أي : تمويل مالي » ، والنوع الثاني : مجموعة الخدمات المصرفية التي تتضمن تقديم تسهيلات مصرفية .

وسوف يتم - إن شاء الله - خلال هذا الفرع بصورة مختصرة ، بيان طبيعة هذه الأعمال ، ومدى شرعية قيام المصارف الإسلامية بها ، لتحديد أي منها يدخل في مفهوم عملية الضمان .

ومن حيث الخدمات المصرفية التي لا تضمن تقديم تسهيلات مصرفية ، فمن أهمها : قبول الودائع ، وتحصيل الأوراق التجارية ، وإجراء التحاويل المحلية ، والخارجية ، والخدمات المصرفية المتعلقة بالأوراق المالية وبيع وشراء العملات الأجنبية ، وتأجير الخزائن .

ومن حيث قبول الودائع بمختلف أنواعها ، فقد تم بيان طبيعة كل منها ، ومدى شرعية قيام المصارف الإسلامية بها ، والتكييف الشرعي ، واتضح أن أيًا منها لا يندرج تحت طبيعة عملية الضمان .

أما بالنسبة لتحصيل الأوراق التجارية ، فالمقصود بها توكيل البنك في جمع الأموال

الممثلة في هذه الأوراق التجارية ، وهي الشيك ، والكمبيالة ، والسند الإذني من المدينين بها لصالح عميل البنك « صاحب الحق في قيمة الورقة » .

والتكييف الشرعي لهذه العملية ، أنها توكيل بأجر ، وهي جائزة شرعًا ، ويمكن للمصرف الإسلامي القيام بها (١) .

أما بالنسبة لإجراء التحاويل الداخلية ، والخارجية ، فهي عبارة عن عملية نقل النقود ، أو أرصدة الحسابات من حساب إلى حساب ، أو من بنك إلى بنك ، أو من بلد إلى بلد ، وما يلي ذلك من تحويل العملة المحلية إلى العملة الأجنبية ، أو الأجنبية بأجنبية أخرى .

والتكييف الشرعي لعملية تحويل النقود ، أنها وكالة بأجر ، وهي جائزة شرعًا (٢) وإن كان قد ثار خلاف بالنسبة للتحويلات الخارجية يتعلق بضرورة التقابض في مجلس الاتفاق ، أو العقد ، كشرط لجواز التبادل مع التفاضل « أي اختلاف العملتين هنا » .

وهنا يظهر أيضًا أن عملية تحويل النقود لا علاقة لها بقضية الضمان .

أما بالنسبة للتعامل في الأوراق المالية « الأسهم والسندات » ، فإن محفظة الأوراق المالية بالبنوك الإسلامية ، لا تتضمن السندات تحت أي مسمى (٣) ؛ لأنها بمثابة قرض ربوي بفائدة ثابتة ، أما بالنسبة للأسهم ، فهي بمثابة مشاركة في رأس مال الشركة بقيمة هذه الأسهم ، بشرط أن تكون معاملات ، وعمليات الشركة جائزة شرعًا ، هذا فيما يتعلق بجانب الاستثمار .

أما بالنسبة لحفظ الأوراق المالية ، فهو يأخذ حكم الوديعة بأجر داخل البنوك الإسلامية ، وهو جائز شرعًا .

أما بالنسبة لبيع ، وشراء الأوراق المالية ، فهو جائز شرعًا بالنسبة للأسهم ، وممنوع

---

(١) للتفصيل انظر : د. عبد الله عبد الرحيم العبادي : موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة ، (ص ٣٢١) .

(٢) د. مصطفى كمال طايل ، البنوك الإسلامية : المنهج والتطبيق ، (ص ١٢٩ - ١٣١) ، وانظر أيضًا : عيسى عبده ، العقود الشرعية ، (ص ١٤٥) .

(٣) تجدر الإشارة إلى أن هناك نوعًا من السندات يسمى « سندات المقارضة » وهي تتيح لأصحابها الحصول على عائد يرتبط بنتائج نشاط الجهة المصدرة لها إيجابًا وسلبًا وفقًا لنظام المضاربة الشرعية ، وقد أقر مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي هذا النوع من السندات بقراره الخامس في دورته الرابعة .

بالنسبة للسندات ، ويأخذ حكم الوكالة بأجر ؛ إذ يصبح البنك الإسلامي وكيلًا عن عملائه ، وبناءً على أوامرهم في بيع وشراء الأوراق المالية « الأسهم » الخاصة بهم .

أما بالنسبة لعملية تأجير الخزائن الحديدية ؛ حيث يقوم البنك بإعداد خزائن حديدية لحفظ الوثائق المهمة ، والمستندات السرية ، والأشياء الثمينة ، والنقود ، وتأجيرها للعملاء ، هذه المعاملة أجازها الفقهاء أيضًا ، وإن اختلف في تخريجها ، فهناك من قال بإنها عقد وديعة ، وقال آخرون : إنها عقد إيجار .

وعلى الرغم من أن غاية هذه الخدمة هي الحفظ ، والصيانة لا الاستئجار – وهو ما جعل البعض يكيف هذه العلاقة على أنها عقد وديعة – إلا أنه من الواضح ، أن العميل له الحق في أن يودع في هذه الخزينة ما يريد ، دون علم البنك – أو تركها فارغة – ومن غير الجائز في عقد الوديعة جهالة نوع وكَمّ ومواصفات الوديعة بصورة محددة ، ولذلك فالأرجح أن عملية تأجير الخزائن الحديدية يحكمها عقد الإيجار لا عقد الوديعة ، وهذا يتفق مع طبيعة الالتزام الرئيسي للبنك تجاه العميل ، وهو الحق في الانتفاع بالخزينة – وحراسة البنك لها – مقابل الأجر .

أما بالنسبة لعمليات بيع وشراء العملات الأجنبية ، فقد أجازها الفقهاء في حالة اختلاف الجنس ، شرط المناجزة أي التقابض « حالًا » يدًا بيد ، على أنها نوع من البيع والشراء ، أما في حالة المواعدة في بيع وشراء العملات الأجنبية ، فقد اختلف الفقهاء بشأنها ؛ حيث رأى البعض أن المواعدة في الصرف ليست بيعًا ، وإنما مجرد مواعدة واتفاق يسبقان عملية البيع الحقيقية ، والتي يتم فيها التقابض فورًا بمجرد الانتهاء من إعطاء الوعد ، والاتفاق على السعر .

أما النوع الثاني من الخدمات المصرفية ، فهي مجموعة الخدمات التي تتضمن تقديم البنك من خلالها لتسهيلات مصرفية ، أي تمويل بصورة غير مباشرة ، وتتمثل هذه الخدمات بصفة خاصة في إصدار خطابات الضمان ، وفتح الاعتمادات المستندية ، حيث تعتبر عمليات إصدار خطابات الضمان ، ومنح الاعتمادات – إن لم تكن مغطاة بالكامل – بمثابة تسهيلات مصرفية ، وهي الصورة الأكثر انتشارًا ، أما إذا كانت مغطاة بالكامل ، اعتبرت من قبيل الخدمات المصرفية التي تتضمن تقديم تسهيلات مصرفية .

وخطاب الضمان هو : تعهد كتابي من البنك إلى شخص ، أو جهة ما ، بدفع مبلغ

من المال إليه نيابة عن طالب الضمان « عميل البنك » في حالة عدم وفاء الأخير بالتزاماته تجاه الطرف الأول المستفيد ، والغرض الأساس من خطاب الضمان ، هو تأكد « ضمان » الجهة المستفيدة من جدية العميل في القيام بالعمليات التي يتعهد بالقيام بها .

ولا يشترط البنك ضرورة قيام العميل بإيداع كامل قيمة خطاب الضمان « غطاء كامل ١٠٠٪ » ، فقد يكون المبلغ المودع « أو الغطاء » أقل ، وتتوقف نسبة الغطاء على مدى ثقة البنك في المركز المالي للعميل ، ويمكن أن يكون الغطاء نقديًا أو متمثلًا في صورة بضائع ، أو أوراق مالية .

وأما عن التكييف الشرعي لخطاب الضمان ، فإنه يمكن رده إلى نوعين من العقود التي طرقها الفقهاء ؛ هما : الكفالة ، والوكالة (١) .

وهكذا يتضح أن عمليات إصدار خطابات الضمان ، هي نوع من أنواع الكفالة ، أو الضمان في الفقه الإسلامي .

أما بالنسبة لفتح الاعتمادات المستندية ، فهي عبارة عن تعهد من البنك لبنك آخر ، بالوفاء بمقدار معين من المال للمستفيد « المصدر » عند تلقيه مستندات الشحن مطابقة لشروط الاعتماد ، حيث يقوم البنك بفتح هذا الاعتماد بناءً على طلب عميله « المستورد » .

وعلى العميل أن يسدد للبنك قيمة الاعتماد ، والنفقات ، والعمولة المستحقة له ، وإلا استولى البنك على السلعة المستوردة لسداد حقه .

والتكييف القانوني للاعتماد المستندي في البنوك التقليدية ، هي عملية قرض بفائدة ، حيث البنك المراسل يقرض البنك المحلي صاحب الاعتماد قيمة الاعتماد « قيمة البضاعة » ، ويحسب عليها فوائد عن المدة ، حتى تصله قيمة الاعتماد .

وهذه الصورة المطبقة في البنوك التقليدية مرفوضة من الناحية الفقهية في البنوك الإسلامية ، ولذلك يتم تكييفه في صورة أخرى ، في إطار نظام المشاركة ، أو الوكالة مع العميل « المستورد » (٢) ، وإن كان هناك من يرى أن عملية فتح الاعتماد المستندي - باعتبارها وسيلة إلى تنفيذ الوفاء بالثمن - تعكس ثلاث صور إسلامية

---

(١) انظر : د. عبد الله عبد الرحيم العبادي ، موقف الشريعة الإسلامية من المصارف الإسلامية المعاصرة ، (ص ٣١٤) .

(٢) انظر : د. محمد سراج ، النظام المصرفي الإسلامي ، (ص ١١٦) .

واحدة هي : الوكالة ، والحوالة ، والضمان .

الفرع الثاني : خطابات الضمان في المصارف الإسلامية :

من الاستعراض السريع لطبيعة الخدمات المصرفية التقليدية ، ومدى إمكانية قيام المصارف الإسلامية بها في إطار أحكام الشريعة الإسلامية ، والتكييف الشرعي لكل حالة ، اتضح أن مفهوم الضمان من حيث طبيعته التي سبق بيانها في الفصل الأول ، لا نجدها إلا في عملية خطابات الضمان فقط ، وإن كان البعض يرى أن فتح الاعتمادات المستندية يعكس أيضًا صورة من صور الضمان ؛ ولذلك سيتم التعرض بشيء من التفصيل للإطار النظري لموضوع خطابات الضمان في المصارف الإسلامية – مع إشارة سريعة لعملية فتح الاعتمادات المستندية – كصورة تطبيقية للمفهوم الفقهي للضمان في المصارف الإسلامية .

سبقت الإشارة إلى أن خطاب الضمان هو تعهد من البنك ، يقدمه بناءً على طلب أحد عملائه إلى شخص ، أو جهة يحددها تسمى المستفيد ، يتعهد فيه – أي البنك – بدفع مبلغ معين إلى ذلك المستفيد ، نيابة عن طالب الضمان عند عدم قيامه بالتزاماته تجاه المستفيد .

وخطاب الضمان بهذا عبارة عن تعهد البنك كتابيًا بكفالة أحد عملائه – وهو طالب إصدار خطاب الضمان – لطرف ثالث في حدود مقدار معين من المال ضمانًا لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف ، خلال مدة معينة (١) .

والعلة الرئيسية في منشأ خطاب الضمان ، هي حاجة الجهة التي تجرى اتفاقات ما ، أو تعلن عن مناقصات ، أو مزايدات معينة ، إلى ضمان جدية الشخص المتقدم بتنفيذ التزاماته ، وتعهداته تجاه هذه الجهة ، وحتى يكون هذا الضمان وسيلة لجبر الخسائر التي يمكن أن تتحقق ، إذا تخلف الشخص عن الوفاء بالتزاماته .

ولذلك تطالب هذه الجهة بتأمينات نقدية معينة ، يقوم الشخص بإيداعها لدى هذه الجهة ، ولما كان هذا الأمر يترتب عليه حجز جزء كبير من النقدية دون استثمار من قبل الأشخاص ، كان خطابُ الضمان الأداة التي تقوم مقام هذه التأمينات ، وتحقق نفس

---

(١) د. سمير الشرقاوي : القانون التجاري ، (ص ٢٦٣) .

الغرض المطلوب ؛ حيث تستطيع الجهة الحصول على قيمته من البنك ، عند عدم قيام العميل بالوفاء بالتزاماته .

وتوجد عدة أنواع من خطابات الضمان : فهناك خطابات الضمان الابتدائية ، وخطابات الضمان النهائية ، وخطابات الضمان عن دفعات مقدمة ، وخطابات الضمان الملاحية [١] .

وفي ضوء المفهوم السابق ، نجد أن قيام البنك بإصدار خطاب الضمان ، يترتب عليه نشأة علاقتين جديدتين بخلاف العلاقة الأساسية بين الجهة المستفيدة ، وعميل البنك طالب خطاب الضمان .

العلاقة الأولى : بين البنك ، والجهة المستفيدة من خطاب الضمان ، والتي تتضمن تعهد البنك بدفع مبلغ الضمان - في حالة عدم التزام العميل بالوفاء بتعهداته - حيث تحصل هذه الجهة على هذا الحق ، دون تحمل أيِّ التزامات لصالح البنك .

العلاقة الثانية : بين البنك وعميله - المضمون - طالب خطاب الضمان ، وبموجب هذه العلاقة ، يترتب على البنك بعض الالتزامات ، كما تترتب له بعض الحقوق .

- فهو يلتزم بدفع قيمة الضمان المحددة في الخطاب للمستفيد ، في حالة قوع شروط ذلك ، وبمقتضى ذلك يتحمل مخاطر الوفاء بمبلغ الضمان للمستفيد .

- في مقابل ذلك ، يحصل البنك على أجرة ، أو عمولة من عميله ، مقابل قيامه بهذه الخدمة .

- كما أنه يحصل من العميل أيضًا على غطاء يمثل (١٠٠٪) من قيمة خطاب الضمان الآجل تودع لديه ، لضمان حقه في حالة قيامه بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد .

وفي حالة عدم وجود غطاء (١٠٠٪) ، وقام البنك بتسديد قمية خطاب الضمان للمستفيد ، فإنه يحصل على فوائد الإقراض التقليدي - أي من العميل - على قيمة الفرق بين مقدار الغطاء ، ومقدار قيمة خطاب الضمان ، التي تم تسديدها للمستفيد .

هذا هو المتبع في البنوك التقليدية .

فهل تصلح هذه الصورة لتطبيقها - على النحو السابق - في المصارف الإسلامية ؟

---

(١) انظر : د. مصطفى كمال السيد طايل ، البنوك الإسلامية : المنهج والتطبيق ، (ص ١٥٠) .

إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب بيان الأمور التالية :

أولًا : التكييف الشرعي لعملية إصدار خطاب الضمان .

ثانيًا : مشروعية ، وطبيعة الأجرة (العمولة) في ضوء هذا التكييف .

ثالثًا : حكم غطاء خطاب الضمان ، والحال في حالة انكشافه .

بالنسبة أولًا للحكم الشرعي لإصدار خطاب الضمان ، « فإنه بالنظر إلى هذا النوع من التعامل المصرفي ، وإحالته للعقود الشرعية الواردة في كتب الفقه ، فإنه يمكن رده إلى نوعين من العقود التي طرقها الفقهاء ؛ هما : الكفالة والوكالة » (١) .

هذا ما قال به غالبية الفقهاء المعاصرين .

والكفالة في الفقه الإسلامي ، قسمها الفقهاء إلى عدة أقسام : كفالة بالنفس ، وكفالة بالمال ، والكفالة بتسليم الأعيان ، والكفالة بالدرك ، وقد سبق بيان مفهوم كل نوع من هذه الأنواع (٢) .

ومن دراسة الحالات التي يستعمل فيها خطابات الضمان ، يبدو أن معظم هذه الحالات ، هي نوع من كفالة الدين (٣) ، كصورة « للكفالة بالمال » .

والكفالة بالمال عند الجمهور ، هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في وجوب الدين ، والمطالبة به (٤) .

ومعنى هذا : أن الكفالة لا تلغي التزام العميل بأداء الدين ، وإنما تعني أن على الكفيل أداء الدين عند حلول الأجل ، وعجز المكفول عن أدائه في الوقت المحدد .

أما عن تضمن خطابات الضمان لعقد الوكالة ، فقد رأى البعض أن عملية خطاب الضمان ، ما هي إلا توكيل من العميل للمصرف بإقرار حق قد ثبت ، أو يثبت مستقبلًا للمستفيد على العميل ، وتوكيل بالأداء عنه للمستفيد ، وإن لم يقل العميل : وكلتك ، فإن ذلك حاصل - ضمنًا - من واقع الحال لعملية خطاب الضمان المصرفي (٥) .

---

(١) د. عبد الله عبد الرحيم العبادي ، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة ، (ص ٣١٤) .

(٢) انظر : الفصل الأول من هذا البحث .

(٣) انظر : د. عبد الرحيم العبادي ، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة ، (ص ٣١٥) .

(٤) انظر : د. محمد سراج ، النظام المصرفي الإسلامي ، (ص ١٢٤) .

(٥) د. عبد الله عبد الرحيم العبادي ، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة .

هذا عن التكييف الشرعي لخطاب الضمان ، وأنها دائرة بين عقد الكفالة وعقد الوكالة .

فإذا انتقلنا إلى موضوع الأجرة (أو العمولة) ، فإننا نجد أنها مرتبطة بالتكييف السابق ، فقد رأى كثير من الفقهاء جواز أخذ الأجرة على الوكالة ، وعدم جواز أخذها على الكفالة [١] ؛ لأنه لا يجوز أن يطالب الكفيل بأجر مقابل ضمانه للمكفول ؛ لأن الضمان ، والجاه ، والقرض ، لا يفعل إلا لوجه الله تعالى بغير عوض ، وإن كان البعض جوّز أخذ الأجر ، على أساس أن الضمان يترتب عليه استخدام جهد ، وبذل وقت ، وتكاليف إدارية من البنك [٢] .

وقد قرر مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي ، أن خطاب الضمان يتضمن أمرين : وكالة ، وكفالة ، ولا يجوز أخذ أجر على الكفالة ، ويجوز أخذ أجر على الوكالة ، ويراعى في حجم التكاليف التي يتحملها المصرف في سبيل أدائه للأعمال المختصة بخطاب الضمان ، وما يقوم بإعادته حسب العرف المصرفي ، وتشمل الأعمال بوجه خاص تجميع المعلومات ، ودراسة المشروع الذي من أجله أصدر خطاب الضمان ، لما يشتمل على الخدمات المصرفية المتعلقة بهذا المشروع كتحصيل المستحقات من أصحاب المشروع ، وتقدير الأجر متروك للمصرف ، بحيث ييسر على الناس شؤون معاملاتهم وفقًا للعرف التجاري [٣] .

أما بالنسبة لغطاء خطاب الضمان ، فقد يكون بنسبة (١٠٠٪) من خطاب الضمان ، والغالب أن يكون أقل ؛ حيث تتوقف نسبة الغطاء على درجة الثقة في المركز المالي للعميل ، فإذا قام البنك بدفع قيمة الضمان للمستفيد عند عدم التزام العميل بالشروط ، وكان الغطاء كاملًا أي (١٠٠٪) من قيمة خطاب الضمان ، فليس هناك مشكلة ؛ لأنه يكون قد دفعها كاملة من قيمة أموال العميل المودعة لديه ، كغطاء ، أو تأمين لخطاب الضمان ، ولكن المشكلة تظهر في حالة ما إذا كان الغطاء غير كامل ، وقام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد ، هنا يقوم البنك التقليدي باعتبار

(١) انظر : د. محمد سراج ، النظام المصرفي الإسلامي ، (ص ١٢٨) ، والمرجع السابق ، (ص ٣١٧) .
(٢) د. مصطفى كمال السيد طايل ، البنوك الإسلامية : المنهج والتطبيق ، (ص ١٥٢) .
(٣) توصيات المؤتمر الإسلامي بدبي ، (ص ١٤) .

الفرق ، بمثابة عملية إقراض بنظام الفائدة لعميله .

وهنا لا يستطيع المصرف الإسلامي اتباع نفس الأسلوب ؛ لأن نظام العمل به ، يحظر التعامل بالفائدة باعتبارها ربًا محرمًا .

ولذلك تخضع طلبات إصدار خطابات الضمان لدراسات دقيقة ، تشمل المركز المالي لطالب خطاب الضمان ، وسمعته ، ومدى حرصه على الوفاء بالتزاماته .. إلخ .. وذلك لما ينطوي عليه هذا النوع من التسهيلات الائتمانية من تعريض المصرف لتحمل القيمة المضمونة ، وذلك إذا تحول الالتزام ، والعرض للبنك إلى دين فعلي ، فيما لو أخل العميل بالتزامه المكفول من البنك ، وطالبته الجهة المسيطرة بالوفاء بقيمة خطاب الضمان .

أما عن حكم غطاء خطاب الضمان « التأمين » ؛ فقد أجاز الفقهاء الرهن في الدين الموعود ، أو الدين المستقبلي (١) .

والحاصل أنه يجوز للمصارف الإسلامية إصدار خطابات الضمان التي تعد من قبيل الكفالات المقيدة في الفقه الإسلامي ، ويجوز لهذه المصارف أن تتقاضى عمولة الطالب للضمان ، لقاء ما تبذله من جهد ، ويجوز لها كذلك أن تتلقى من الطالب تأمينًا نقديًا ، بقيمة المضمون كله ، أو بعضه على وجه التوثيق للدين ، ويملكه المصرف ملكًا صحيحًا ، بحيث يباح له استثماره ، ويطيب له ربحه ، ولا يمنع ذلك الأصيل من الوفاء بالدين بنفسه ، ويرجع عندئذ على الكفيل بما أعطاه له (٢) .

* * *

---

(١) د. محمد سراج ، النظام المصرفي الإسلامي ، (ص ١٣٢) .

(٢) المصدر السابق ، نفس الصفحة .

الفَصِلُ الثَّالِثُ : الضمان في معاملات المصارف الإسلامية « التجربة العملية »

تقديم :

انتهى الفصل السابق إلى بيان طبيعة وشكل الضمان الملائم الذي يجب توافره للعميل المودع بالمصرف الإسلامي ، وأيضًا للعميل المستثمر « طالب التمويل » من المصرف الإسلامي ، هذا على مستوى النظرية .

ويسعى هذا الفصل التقدم خطوة أخرى إلى الأمام ، من خلال البحث عن مدى تطبيق هذا التصور النظري لشكل وطبيعة الضمان على مستوى التجربة العملية للمصارف الإسلامية .

فهل التطبيق العملي لتجربة المصارف الإسلامية – خلال الفترة الماضية – يبين أن طبيعة العلاقة بين المصرف الإسلامي والمودعين ، كانت ضمن الإطار السابق لشكل الضمان المفترض ؟ أم كان هناك انحراف وتباين بين هذا الشكل المفترض ، والتطبيق العملي ؟ وإذا كان هناك انحراف بين النظرية ، والتطبيق ، فما هي أسباب ذلك ؟ وما هي الآثار التي ترتبت على هذا الانحراف ؟

وعلى مستوى توظيف الموارد أيضًا ، هل التطبيق العملي يبين أن طبيعة العلاقة بين المصرف الإسلامي ، وطالبي التمويل ، كانت ضمن الإطار النظري السابق لشكل الضمان المفترض ؟ أم كان هناك انحراف بين هذا الشكل المفترض للضمان ، وشكله في التطبيق العملي ؟ وأيضًا إذا كان هناك انحراف بين النظرية ، والتطبيق في هذا الشأن ، فما هي أسباب ذلك ؟ وما هي الآثار التي ترتبت على هذا الانحراف ؟

إن محاولة البحث عن إجابات لهذه الأسئلة ، هي موضوع هذا الفصل ، الذي يقع في المبحثين التاليين :

المبحث الأول : الضمان ، وتعبئة الموارد في التجربة العملية للمصارف الإسلامية .

المبحث الثاني : الضمان ، وتوظيف الموارد في التجربة العملية للمصارف الإسلامية .

* * *

المَبحثُ الأوَّلُ

الضمان ، وتعبئة الموارد في المصارف الإسلامية « التجربة العملية »

الفرع الأول : طبيعة ، وأسباب مشكلة ضمان الودائع في المصارف الإسلامية :

العلاقة بين المصرف الإسلامي ، وأصحاب الودائع الاستثمارية - كما سبق - يحكمها عقد المضاربة ، وحيث إن أحكام هذا العقد تقر بأن العامل لا يضمن إلا في حالة التقصير ، أو التعدي ، أو مخالفة الشروط ، فإن المصرف الإسلامي - بوصفه العامل هنا - لا يضمن الودائع الاستثمارية لديه لأصحابها ، هذا على مستوى النظرية .

ولكن واقع التطبيق العملي لتجربة المصارف الإسلامية ، أظهر أن عامل الضمان - بشكله التقليدي السائد في البنوك الربوية - يمثل متغيرًا أساسيًا حاكمًا لتوجهات كثير من المودعين ، على الساحة المصرفية عامة ، وذلك بحكم الواقع الربوي الذي تغلغل في كل المعاملات فكرًا ، وتطبيقًا ، وتراكمت آثاره لفترات طويلة من الزمن .

ولذلك ، فحينما بدأت تجربة المصارف الإسلامية في الواقع العملي - وحتى قبل ذلك ، مع بداية ظهور محاولات التنظير لها - بدأت قضية ضمان الودائع في الظهور ، وبصورة قوية ، انطلاقًا من نفس الأساس ، والمنطق القائم في البنوك التقليدية ، رغم اختلاف طبيعة وميكانيزم العمل المصرفي الإسلامي ، وطبيعة وشكل العلاقة بين المصرف الإسلامي ، وأصحاب الودائع الاستثمارية .

فالأصل ألا يكون هناك مشكلة مثارة في هذا الشأن ، نظرًا لهذه الطبيعة الجديدة ، وذلك الشكل المختلف للعلاقة كما سبق ، ولكن وجود هذه الفجوة الكبيرة بين طبيعة البيئة التي تعمل فيها المصارف الإسلامية ، وطبيعة الإطار الفكري الحاكم لنشاطها ، أدى إلى خلق هذه المشكلة على هذا النحو ، وغيرها من المشاكل الأخرى .

فالمودع - بتكوينه الربوي الطويل - يريد من المصرف الإسلامي أن يضمن له استرداد وديعته ، وجزء ثابت من الدخل خلال مدة الإيداع ، على غرار ما ألفه ،

وما يراه ، والإطار الفكري الإسلامي المحدد لنشاط المصرف الإسلامي ، يرفض هذا الشكل الربوي للضمان ؛ لأنه لو تحقق لأصبح - المصرف الإسلامي - صورة أخرى ممسوخة للبنك الربوي ، وفي هذا الصدد يحمل لافتة إسلامية .

هذا هو جوهر مشكلة الضمان ، المثارة بالنسبة للودائع الاستثمارية للمصارف الإسلامية .

وإذا حاولنا أن نبحث بصورة أعمق عن الأسباب التي أدت إلى خلق هذه المشكلة ، فإننا سنجد أن هناك مجموعة من الأسباب ، لعل أهمها ما يلي :

١ - سيطرة العقلية الربوية على النسبة الغالبة من المودعين :

فلقد كانت من أهم المعوقات التي واجهت المصارف الإسلامية عامة ، سيطرة العقلية الربوية على كثير من المتعاملين ، وعدم فهم واستيعاب كثير منهم للنظام التمويلي الجديد الذي يستمد جذوره من أحكام الشريعة الإسلامية ، والذي تعمل في إطاره هذه المصارف .

فعلى مستوى المودعين كان كثير منهم يتوقع - أو ينتظر - عائدًا لا يقل عن مستوى الفائدة الذي تمنحه البنوك التقليدية لمودعيها ، وعلى حين أن النسبة الغالبة منهم قامت بالإيداع تحت حافز الحصول على عائد أعلى من سعر الفائدة في البنوك التقليدية ، فإن هؤلاء لم يكن لديهم الاستعداد للقبول بنسبة أرباح أقل من المعدلات السائدة للفائدة .

وفي دراسة أجراها الباحث عن معوقات النشاط الاستثماري للمصارف الإسلامية ، اتضح أن المحرك الأساسي للنسبة الغالبة من المودعين ، هو العائد المالي الموزع عليهم ، والذي يقارنونه دائمًا بسعر الفائدة في البنوك التقليدية ، لدرجة أنه حينما انخفض معدل العائد في أحد هذه البنوك الإسلامية ، الموزع على المودعين ، عن سعر الفائدة السائد في فترة معينة ، قام عدد كبير منهم بسحب ودائعهم من هذا البنك ، مما يعني أن العامل الشرعي ذو أهمية ثانوية في توجيه هؤلاء ، ويعني أيضًا أن طبيعة المخاطرة ، وعقلية المشاركة غير متوافرة عندهم [١] .

---

(١) انظر : للباحث : النشاط الاستثماري للمصارف الإسلامية ومعوقاته ، (ص ٢٩٣ ، ٢٩٤) .

وفي ضوء طبيعة هذه العقلية الربوية للنسبة الغالبة من المودعين ، والتي أفرزتها التجربة العملية لمسيرة المصارف الإسلامية ، كان من الضروري أن تبرز القضية بالصورة السابقة ، وتساهم في طرح بعض الحلول ، والتصورات البعيدة عن منهج وطبيعة عمل هذه المصارف ، تلبيةً لمطالب هذا الواقع وهذه العقلية الربوية .

٢ - عدم الاستعداد للمخاطرة لدى النسبة الغالبة للمودعين :

كذلك كان من الأسباب الرئيسية لخلق مشكلة الضمان للودائع الاستثمارية بالمصارف الإسلامية ، عدم توافر الاستعداد الكافي للمخاطرة لدى النسبة الغالبة للمودعين بالمصارف الإسلامية ، وميلهم نحو تفضيل توافر عامل الضمان لودائعهم ، فلقد أثبتت التجربة العملية لحركة المصارف الإسلامية ، تأثر غالبية المودعين بما هو عليه الحال في البنوك التقليدية من ضمان للوديعة ، رغم اختلاف طبيعة النشاط المصرفي الإسلامي عن النظام المصرفي الربوي .

فعلى الرغم من أن المودعين قد قبلوا منذ البداية الإيداع وفق نظام المضاربة ، القائم على مبدأ الغنم بالغرم ، من خلال المشاركة في الأرباح والخسائر ، إلا أن واقع الحال يظهر أنهم اعتبروا أن هذا القبول على الورق فقط ، وأن التصور الراسخ لديهم أنه ليست هناك احتمالات للخسارة ، ومن ثَمَّ كان عنصر ضمان استرداد الوديعة محققًا لديهم من الناحية الفعلية ، عند قيامهم بعملية الإيداع ، وهو ما يعني أن عامل المخاطرة لم يكن له وجود من الناحية الفعلية لدى هؤلاء المودعين ، حسب اعتقادهم .

وقد ساهمت بعض الحملات الإعلامية للمصارف الإسلامية في تغذية هذا الشعور لدى المودعين ، من خلال الإيحاء بأن احتمالات الخسارة تكاد تكون منعدمة ، وحتى تبرهن على صحة دعواها هذه ، أعطت للمودع الحق في سحب وديعته في أي وقت ، بشروط يمكن ترتيبها غالبًا من خلال المودعين ، وذلك كله بهدف وضع المصارف الإسلامية في مركز تنافسي أمام البنوك التقليدية ، وتجاهل الطبيعة الخاصة والمميزة المختلفة للمصارف الإسلامية .

وفي ضوء توافر العنصر المتمثل في عدم توافر الاستعداد الكافي لدى المودعين للمخاطرة ، ورغبتهم في توافر الضمان الكامل لودائعهم ، كان من الضروري أيضًا ، أن تبرز قضية الضمان لهذه الودائع في المصارف الإسلامية على النحو السابق ، وفق المفهوم

التقليدي - الربوي - للضمان .

٣ - حاجة المودعين في السحب من ودائعهم في أي وقت :

إن تطبيق النشاط الاستثماري للمصارف الإسلامية يتطلب دخول هذه المصارف في عمليات استثمارية حقيقية ، وهذه تكون في الغالب ذات آجال متوسطة وطويلة ، وهذا يتطلب بالمقابل توافر موارد مالية متوسطة ، وطويلة الأجل .

ونظام المضاربة المتبع لتعبئة الموارد ، يتيح للمصارف الإسلامية - حسب النموذج النظري - توفير هذا النوع من الموارد المالية متوسطة ، وطويلة الأجل .

ولكن التطبيق العملي أظهر عدم توافر الاستعداد لدى نسبة كبيرة من المودعين لترك ودائعهم لفترة طويلة ، ورغبتهم في السحب من هذه الودائع بسهولة وسرعة ، على غرار ما هو متبع في البنوك التقليدية - متناسين ، أو غير مدركين ، الطبيعة المختلفة للبنوك الإسلامية - سواء فيما يتعلق بنظم تعبئة الودائع ، أو فيما يتعلق بطرق توظيف واستثمار هذه الودائع .

وأمام هذه الحاجة ، اضطرت كثير من هذه المصارف لمسايرة هذا الواقع ؛ حيث قامت بصياغة أنظمة الودائع الاستثمارية لديها على نسق أنظمة الودائع بالبنوك التقليدية ، وذلك بإعطاء المودع نفس الشروط ، والمميزات التي يحصل عليها في البنوك التقليدية ، وخاصة فيما يتعلق بالسحب في آجال قصيرة - أو عند الطلب - وكذلك الحق في الحصول على عوائد في فترات قصيرة ، تصل إلى ثلاثة أشهر ، وذلك من أجل منافسة البنوك التقليدية ، وجذب مودعيها (١) .

ويدافع بعض المسؤولين في المصارف الإسلامية عن هذا المسلك ، على أساس أن واقع المجتمعات التي تعمل بها هذه المصارف تفرض عليها هذا السلوك ، حيث انخفاض مستويات المعيشة والدخول بهذه الدول ، تجعل حاجة الأفراد إلى هذه المدخرات ، والودائع ، قائمة بصورة دائمة ، ومن ثَمَّ لا تتوافر القدرة على الاستغناء عنها لفترات طويلة .

وأيًّا كان السبب وراء هذه الرغبة للمودعين في توافر القدرة على السحب من ودائعهم في أي وقت ، فإن هذا الأمر ساهم بطريقة غير مباشرة في خلق مشكلة

---

(١) لتفصيل أكثر انظر : المصدر السابق ، (ص ٢٤٨ - ٩٤٦) .

الضمانات ، وما ثار بشأنها من آراء ، واجتهادات مختلفة .

٤ - سيطرة الطابع الربوي على نظم وأساليب المعاملات اليومية :

من الأسباب التي ساهمت أيضًا في تشكيل العقلية الربوية للمودعين ، وتفضيلهم لعامل الضمان ، وعدم توافر الاستعداد لديهم للمخاطرة ، أن هؤلاء المودعين نشأوا ، وتربوا في بيئة يسيطر على مؤسساتها ، وأساليبها ، وكافة معاملاتها اليومية ، النظامُ الربوي التقليدي ؛ ولذلك فقد تشبعوا فكرًا ، وعقيدة ، وممارسة ، بمبادئ وأساليب ذلك النظام .

فكافة نظم وأساليب المعاملات في غالبية هذه البلاد ، بعيدة كل البُعد عن منهج الشريعة الإسلامية ، وحتى نظم التعليم في هذه الدول ، تفتقر - في جميع مراحلها - إلى مناهج لدراسة وتعليم نظم المعاملات في الإسلام ، مما حرم هؤلاء المتعاملين حتى من توافر إطار فكري لديهم عن مبادئ المعاملات في الإسلام ، والتي يعتمد عليها منهج المصارف الإسلامية .

ولذلك فقد ساهم ابتعاد هذه المجتمعات عن اتباع منهج المعاملات الإسلامية - سواء على المستوى الفكري ، والتعليمي ، أو المستوى العملي ، والتطبيقي ، واعتمادها على النظم الوضعية الربوية - إلى تشكيل هذه النوعية من المودعين على هذا النحو السابق ، والذي يعكس طبيعة نظم التعامل في البنوك الربوية ، من حيث الضمان ، والعائد الثابت ، وعدم الاستعداد للمخاطرة ، والرغبة في سحب الودائع في آجال قصيرة ، وعدم توافر الدافع الشرعي ، والديني في توجيه مدخراتهم ، وودائعهم .. إلخ ، وكل هذا - بلا شك - ساهم في خلق قضية الضمان هذه .

٥ - قصور دور المصارف الإسلامية في خلق وعي ادخاري إسلامي :

لا تعود الأسباب التي أدت إلى خلق مشكلة الضمان ، بالنسبة للودائع الاستثمارية بالمصارف الإسلامية ، إلى واقع البيئة التي تعمل بها هذه المصارف فحسب ، بل إن هذه المصارف يمكن أن تتحمل جزءًا من هذه المسؤولية ، وذلك من خلال تقصيرها في القيام بدورها في نشر الوعي الادخاري الإسلامي في المجتمع ، وتوعية المودعين بطبيعة نظم المعاملات الإسلامية ، والفروق الأساسية بين أساليب التعامل في البنوك الربوية ، والبنوك الإسلامية ، والعمل على تقوية الوازع الديني لدى المتعاملين .

فغالبية المصارف الإسلامية لم تقم بدورها - المطلوب ، والمأمول - في هذا الشأن ، بل اعتبر كثير من المسؤولين بهذه المصارف ، أن هذا دور دعوي لا شأن لهم به كمؤسسة مالية اقتصادية (١) .

ولكن الباحث يعتقد أن طبيعة المصارف الإسلامية المختلفة ، تتطلب منها أن تلجأ إلى الاعتماد على الأساليب غير التقليدية ، حتى تستطيع أن توفر لنفسها الجو ، والمتعاملين الملائمين لطبيعتها ، وإلا فسوف يجرفها الواقع إلى التعامل وفق الأساليب ، والنظم السائدة ، بحيث تصبح اسمًا بغير حقيقة ، إذا هي اعتمدت على الأساليب التقليدية لتلبية احتياجات متعامليها .

الفرع الثاني : آثار مشكلة ضمانات الودائع الاستثمارية بالمصارف الإسلامية :

لقد تركت مشكلة الضمانات بالنسبة للودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية آثارًا سلبية عديدة على مسيرة هذه المصارف ، حيث ساهمت في انحراف الأنشطة الرئيسية لهذه المصارف في التطبيق عن الإطار النظري الصحيح المفترض لها .

وكان هذا الانحراف على مستوى تعبئة الموارد ، وأيضًا على مستوى توظيف الموارد .

أولًا : على مستوى تعبئة الموارد « الودائع » الاستثمارية :

لقد أجبرت قضية الضمان المصارف الإسلامية ، على أن تصيغ أنظمة الودائع لديها بصورة تكاد تكون قريبة مما هو عليه الحال في البنوك التقليدية ، مضطرة تحت ظروف الواقع - المتمثل في خصائص ونوعية المودعين ، والأنظمة الربوية السائدة - أن تلبي لهؤلاء المودعين نفس المميزات التي تحققها لهم البنوك التقليدية ، على الرغم من الاختلاف الكبير بين منهج وطبيعة عمل كل من المصارف الإسلامية ، والبنوك التقليدية .

وكان من نتيجة هذا الوضع ، أن فقدت هذه المصارف أهم خاصتين تميزان مواردها المالية ، وخاصة الودائع الاستثمارية ، وهما : المخاطرة ، والأجل الطويل .

فمن أهم ما يميز موراد المصارف الإسلامية - حسب النموذج النظري - الرغبة في المخاطرة ، وذلك انطلاقًا من واقع طبيعة العلاقة التي تحكم هذه الموارد بين المصرف

---

(١) انظر : المرجع السابق ، (ص ٢٩٤) .

الإسلامي ، والمودعين ، والقائمة على عقد المضاربة ، وهذا على عكس الحال في البنوك التقليدية ، حيث لا يتميز هذا النوع من الموارد بأي نوع من أنواع المخاطرة ؛ لأن العلاقة الحاكمة له هي علاقة القرض ، وهذه الطبيعة الخاصة للودائع « طبيعة المخاطرة » ، تحكم - بصورة مباشرة - طبيعة النشاط الاستثماري ، حيث يكون له القدرة أيضًا على طرق أبواب الاستثمارات الحقيقية ، القائمة على مبدأ الغنم بالغرم ، والتي تبتعد عن عنصر الضمان التقليدي .

ولكن افتقار هذه الودائع في التطبيق العملي إلى هذه الخاصية المهمة ، لم يقتصر فقط أثره على انحراف الودائع المتاحة لهذه المصارف - عما يجب أن تكون عليه - بل امتد أيضًا إلى النشاط الاستثماري ؛ حيث عجز عن الدخول في مجالات الاستثمار الملائمة ، وفضل التركيز على المشروعات التي تتميز بارتفاع عامل الضمان ، وهو ما سيتم توضيحه في النقطة التالية ، إن شاء اللَّه .

أما من حيث الخاصية الثانية ؛ وهي المتعلقة بآجال هذه الموارد ، فإن قضية الضمان تركت أيضًا بصماتها بصورة سلبية على هذا الجانب ، حيث كان من المفترض - حسب النموذج النظري - أن يسيطر الطابع متوسط وطويل الأجل ، على النسبة العالية من هذه الودائع ، وذلك على أساس أن هذه الودائع التي قبلتها المصارف الإسلامية ، بناءً على عقد المضاربة ، يجب أن توجه لاستثمارات حقيقية ، وهذه الاستثمارات تؤدي إلى تحويل هذه الموارد إلى أصول رأسمالية عينية لا يمكن تصفيتها في آجال قصيرة ، ولا ينتظر أن تحقق عائدًا في مدة قريبة ، ومن ثَمَّ ، كان من الضروري أن تراعي أنظمة الودائع هذه الطبيعة ، فلا تسمح لهؤلاء المودعين بالسحب في آجال قصيرة ، أو تعمل على منحهم عوائد مالية ، وأرباحًا خلال هذه الفترة .

ولكن غالبية المصارف الإسلامية - تحت ضغط الواقع العملي ، وبتأثير غير مباشر من مشكلة الضمان - عملت على إعطاء المودع نفس الشروط ، ونفس المميزات في البنوك التقليدية ، وخاصة فيما يتعلق بإعطاء المودع الحق في السحب في آجال قصيرة - أو عند الطلب - وكذلك الحق في حصوله على عوائد دورية ، خلال فترات قصيرة تصل أحيانًا إلى ثلاثة أشهر - وأحيانًا إلى شهر واحد - وذلك من أجل منافسة البنوك التقليدية ، وجذب موديعها ، دون مراعاة للطبيعة الخاصة لهذه المصارف .

وكان يمكن لهذه المصارف أن تعتمد على التوسع في نظام الودائع المخصصة ، كوسيلة للتغلب على هذا القصور ، تساهم في تدبير الموارد طويلة الأجل ، ولكن يلاحظ أن عددًا قليلًا من هذه المصارف التي اعتمدت على هذه الوسيلة ، كانت نسبة الودائع المخصصة بها ضئيلة جدًّا ، بالنسبة لإجمالي الودائع .

وقد ترتب على هذا الوضع ، أنه أصبحت السمة المميزة لهذه الودائع سيطرة الطابع قصير الأجل عليها ، وهو ما يعني أن انحرافًا قد حدث بين الإطار النظري والمفترض المحدد لطبيعة هذه الودائع ، وبين طبيعتها في التجربة العملية خلال الفترة الماضية ، وهذا أيضًا كان بسبب طبيعة نوعية المودعين ، وقضية الضمان بصفة عامة .

وأيضًا لم يقتصر الأثر السلبي لقضية الضمان هنا على تحويل طبيعة الودائع الاستثمارية ، من ودائع طويلة الأجل ، إلى ودائع قصيرة الأجل ، بل امتد - بصورة غير مباشرة - إلى النشاط الاستثماري ؛ حيث أدى هذا الوضع إلى حرمان هذا النشاط من الموارد الملائمة لطبيعته ، وهو ما أجبره على تركيز عملياته في الاستثمارات قصيرة الأجل ، وهو ما سيتضح في النقطة بعد القادمة ، إن شاء اللّٰه .

ثانيًا : على مستوى توظيف الموارد : التركيز على العمليات ، التي تتميز بارتفاع عامل الضمان :

من السمات الرئيسية المميزة لاستثمارات المصارف الإسلامية ، أنها قائمة على مبدأ الغنم بالغرم ، أي المشاركة في الأرباح والخسائر ، وهذا لا يتحقق إلا من خلال المساهمة في تحمل مخاطر العمليات الاستثمارية .

وهذا على عكس الحال في البنوك التقليدية ، التي لا يعتمد نشاطها في مجال استخدام مواردها على عامل المشاركة ، أو المخاطرة ، حيث يعتمد نظام الإقراض على الضمان الكامل ، لاسترداد قيمة القرض ، وفوائده المحددة سلفًا .

وهذه السمة المميزة لاستثمارات المصارف الإسلامية ، تعتمد في الأساس - كما سبق - على طبيعة الموارد المالية الموجهة لتمويل هذه الاستثمارات ، والتي تمثل الودائع الاستثمارية النسبة الغالبة منها ، إذ من الضروري - حتى يتمكن النشاط الاستثماري من الاعتماد على العمليات الاستثمارية ، القائمة على الغنم بالغرم ، والتي تبتعد عن الاعتماد على الضمان بمفهومه التقليدي - توافُر الموارد المالية ذات الطبيعة المخاطرة ، أي

التي تقبل العمل - بصورة فعلية ، وليست نظرية - وفق مبدأ الغنم بالغرم ؛ إذ لا يعقل أن يقوم النشاط الاستثماري بالاعتماد على موارد تميل لعنصر الضمان لعمل مشروعات ، واستثمارات ذات طبيعة مخاطرة .

ولهذا كان منهج عمل البنوك التقليدية في عدم توجيه الموارد المالية إلى عمليات ذات طبيعة مخاطرة ، والاعتماد على عمليات الإقراض بنظام الفائدة الثابتة - القائمة على عنصر الضمان التقليدي - هي النشاط الملائم لطبيعة الودائع التي تعتمد على نفس عامل الضمان .

ومعنى ما سبق أنه من المفترض - حسب النموذج النظري - أن تعتمد المصارف الإسلامية - في توظيف مواردها - على الأساليب الاستثمارية التي تبتعد عن الاعتماد على عامل الضمان التقليدي ، وتقوم على المشاركة في تحمل المخاطر . وهذه الأساليب خاصة هي : المضاربة ، والمشاركة ، والاستثمار المباشر ، وأن يكون اعتمادها على الأساليب التي تعتمد على عامل الضمان التقليدي بصورة ثانوية ، مثل : المرابحة ، والبيع الآجل .

ولكن بدراسة استثمارات عدد من المصارف الإسلامية ، يتضح أن غالبية هذه المصارف ، اعتمدت - بصورة أساسية - على أسلوب المرابحة ، الذي استحوذ على نصيب الأسد من جملة الاستثمارات في هذه المصارف ، بينما تقاسمت أساليب المضاربة ، والمشاركة ، والاستثمار المباشر ، النسبة الهامشية الباقية من جملة المبالغ المستثمرة الأخرى (١) .

ويرجع تفضيل المصارف الإسلامية لأسلوب المرابحة ، واعتماد غالبيتها عليه بصورة أساسية ، لعدة أسباب منها :

- ارتفاع عامل الضمان ، وانخفاض نسبة المخاطرة للعمليات المنفذة من خلاله .
- هامش الربح محدد سلفًا ، ومعلوم مقداره .
- سهولة إجراءات ونظم تطبيقه .

فالعلاقة التي تربط بين المصرف ، والعميل هنا - بعد توقيع العقد ، وتسليم السلعة ،

---

(١) انظر : الجدول رقم (١) المرفق .

تكاد تكون نفس طبيعة العلاقة في البنك التقليدي - باستثناء حالة تأخير العميل عن السداد - حيث يضمن المصرف الحصول على قيمة التمويل ، ومقدار الربح المحدد ، بصرف النظر عن نتيجة نشاط العميل من ربح ، أو خسارة ، فمبدأ الغنم بالغرم ، والمشاركة في تحمل المخاطرة ، والربح ، والخسارة ، تكاد تكون منعدمة هنا ، بعكس الحال في أساليب المضاربة ، والمشاركة ، والاستثمار المباشر .

وهكذا أدت قضية الضمان بالنسبة للودائع الاستثمارية ، إلى تفضيل هذه المصارف للأساليب التي يرتفع فيها عامل الضمان ، وتنخفض درجة المخاطرة ، مثل : المرابحة ، والبيع الآجل ؛ حيث يحصل المصرف على ربح مقطوع محدد سلفًا ، ويتحمل العميل بمفرده مخاطر وخسائر نشاطه ، وذلك بدلًا من أن تعتمد على الأساليب المؤسسة على قاعدة الغنم بالغرم ، والتي تقتضي مشاركة العميل في نتائج العملية الاستثمارية ، من ربح ، أو خسارة ، ، مثل : المضاربة ، والمشاركة ، بما يعكس الطبيعة الاستثمارية الخاصة ، والنموذج التمويلي الجديد للمصرف الإسلامي ، غير أنه من الأمانة ، الإشارة إلى أنه كانت هناك بعض العوامل الأخرى - غير قضية الضمان للودائع الاستثمارية - أدت إلى اعتماد هذه المصارف بصورة أساسية على أسلوب المرابحة مثل : طبيعة العناصر البشرية للمصارف الإسلامية ، والمعوقات العديدة التي تواجه تطبيق الأساليب الأخرى ، غير أنه بتحليل جذور هذه العوامل ، نجد أنها تدور أيضًا حول قضية الضمان .

جدول رقم (١)

الأهمية النسبية لأساليب الاستثمار في بعض المصارف الإسلامية

المصرف	الأسلوب / السنة ٪	١٩٨٠	١٩٨١	١٩٨٢	١٩٨٣	١٩٨٤	١٩٨٥	١٩٨٦	١٩٨٧
البنك الإسلامي الأردني	مضاربة	١,٤	٥	٣	٢,٦	٠,٣			
	مشاركة	١٠,٦	٧	٧,٣	٢,٩	٧,١			
	مرابحة	٨٤,٨	٧٠,٨	٧٦,٥	٧٨,٧	٧٢,٠			
	مباشر	–	١٤,٧	١٢	٧,٤	١٤,٨			
مصرف قطر الإسلامي	مضاربة					١,٢	–	٦,٦	٣,٧
	مشاركة					٠,٦	١,٢	٠,٧	٠,٩
	مرابحة					٩٧,٣	٩٨,٣	٩٢,٧	٩٥,٤
	مباشر					٠,٩	٠,٥	–	–
المصرف الإسلامي الدولي القاهرة	مضاربة			٠,٠٥	٧,٤	٣,٩٧	٢,٠٥	٢,٨٠	
	مشاركة			١٠,٥٣	١٤,٤٦	٢٣,٢	١٦,٩٨	١٤,٩٧	
	مرابحة			٣٦,٣	٦٥,٧	٣٥,٢٦	٣٣,٩٦	٤٠,٢٨	
	مباشر			١١,١١	٣٣,٧	٢٨,٦٣	٢٨,٠١		
بيت التمويل السعودي التونسي	مضاربة					٠,٢	١,٠	٠,٩	
	مشاركة					٩,٥	١٣,٢	٨٠,٩	
	مرابحة					٩٠,٣	٨٣,٩	٨٤,٤	
	مباشر					–	–	–	

المصدر : عبد الحليم إبراهيم محيسن ، تقييم تجربة البنوك الإسلامية ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، (١٩٨٩م) .

ثالثًا : على مستوى توظيف الموارد : سيطرة الطابع قصير الأجل على غالبية الاستثمارات :

تستلزم طبيعة النشاط الاستثماري للمصارف الإسلامية - كما سلفت الإشارة - الدخول في عمليات استثمارية حقيقية ، والعمليات الاستثمارية الحقيقية في الوقت الحاضر ، تكون في الغالب ذات آجال متوسطة ، وطويلة .

ومعنى ذلك أنه - حسب النموذج النظري المفترض للمصارف الإسلامية - يجب أن تتكون سلة استثمارات المصارف الإسلامية من مجموعة من العمليات الاستثمارية ، التي تمثل فيها العمليات المتوسطة والطويلة الأجل نسبة كبيرة ، وهذا الوضع لا يتحقق إلَّا من خلال توافر نسبة كبيرة من الموارد المالية المتوسطة ، والطويلة الأجل ، وهذه النسبة يجب أن تتركز في الودائع الاستثمارية خاصة ، باعتبارها المصدر الرئيسي لتمويل النشاط الاستثماري .

ولكن نتيجة لقضية الضمان ، واتجاه المصارف الإسلامية لإعطاء المودع بها نفس الحقوق والمميزات - التي يحصل عليها المودع في البنوك التقليدية ، وخاصة قضية السحب والعائد - جعل السمة المميزة لهذه الودائع ، أنها قصيرة الأجل ، وهو ما يعني عدم قدرة هذه المصارف على توجيهها لاستثمارات متوسطة ، وطويلة الأجل ؛ ولذلك وجدت هذه المصارف نفسها مضطرة لتركيز عمليات على الاستثمارات قصيرة الأجل .

وهكذا أدت قضية الضمان بالنسبة للودائع الاستثمارية - بطريق غير مباشر - إلى انحراف استثمارات المصارف الإسلامية ، وتوجيهها من التركيز على العمليات طويلة ومتوسطة الأجل ، إلى عمليات قصيرة الأجل ، وذلك بسبب مساهمتها في صياغة أنظمة الودائع بالصورة التي أدت إلى جعلها قصيرة الأجل بالضرورة .

وبدراسة الأهمية النسبية لآجال استثمارات بعض المصارف الإسلامية ، نجد أن الاستثمارات قصيرة الأجل ، حصلت على النسبة الغالبة من جملة هذه الاستثمارات ، بينما لم تحظ الاستثمارات طويلة الأجل إلَّا بنسبة هامشية جدًا من جملة هذه الاستثمارات في غالبية هذه المصارف ، وهو ما يتضح من الجدول المرفق رقم (٢) .

ومن الإنصاف الإشارة في النهاية إلى أن قصر آجال الودائع الاستثمارية ، لم يكن السبب الوحيد لسيطرة الطابع قصير الأجل على هذه الاستثمارات ، إذ إنه هناك عوامل

أخرى - غير هذا العامل - تعد عاملًا رئيسيًا في هذا التوجه للمصارف الإسلامية .

جدول رقم (٢)

نسبة الاستثمارات قصيرة الأجل في بعض المصارف الإسلامية

المصرف / السنة	١٩٨١	٨٢	٨٣	٨٤	٨٥	٨٦	٨٧	٨٨	٨٩
بيت التمويل الكويتي	٨٩,٤	٩٥,٥	٩١,١	٨٦,٦	٧٨,١	٨٨,٨	٨٢,٦		
مصرف قطر الإسلامي				٩٨,٧	٩٩,٣		٩٩,١		
المصرف الإسلامي / القاهرة			٩٩,١		٩٩,٥				
بنك ماليزيا الإسلامي				١٠٠	٩٧,١	٩٧,٨			
بنك البركة الدولي / لندن					١٠٠	٩٨,٨			
فيصل السوداني	٩٢,٨	٩٤,٤	٩٧,٣	٩٣,٧	٩١,٠				

المصدر : تقييم تجربة البنوك الإسلامية - رسالة ماجستير غير منشورة - الجامعة الأردنية (١٩٨٩ م) .

* * *

المَبْحَثُ الثَّانِي

الضمان ، ونشاط الاستثمار (من الوجهة العملية)

الفرع الأول : مدى توافر الضمانات الأساسية لاستثمارات المصارف الإسلامية :

انتهى التحليل في المبحث الثاني من الفصل الثاني إلى أن الطبيعة الخاصة والمميزة ، لاستثمارات المصارف الإسلامية « نشاط التوظيف » توجب ضرورة توافر ضمانات ملائمة لطبيعة هذا النشاط ، لكي تكون لها القدرة على مواجهة المخاطر المتوقعة .

وكانت أهم هذه الضمانات التي انتهى إليها التحليل هي – نعيدها هنا على سبيل التذكرة ، وليس التكرار لأهميتها – :

ضمانات أساسية ، وتتمثل في :

- توافر المتعاملين الملائمين .
- توافر جهاز استثماري كفء وفق الطبيعة الجديدة .

وأيضًا اتضح أنه من الممكن أن تلجأ المصارف الإسلامية إلى الضمانات التقليدية ، ولكن بصورة ثانوية كضمانات تكميلية ، لكونها لا تفي بالغرض المطلوب بمفردها ، ومن هذه الضمانات :

- الضمانات العينية ، والشخصية .
- الضمانات الفنية مثل : تنوع الاستثمارات ، وتكوين المخصصات ، وعمل صناديق للضمان .. إلخ .

فهل توافرت للمصارف الإسلامية – ولاستثماراتها – هذه العناصر من الضمان التي تلائم طبيعتها المميزة ؟ هذا ما تحاول السطور القادمة البحث عن إجابة له .

أولًا : بالنسبة لتوافر المتعاملين :

يمثل توافر المتعاملين الملائمين عنصرًا رئيسيًا لضمان نجاح استثمارات المصارف الإسلامية ؛ نظرًا لأن العميل يكون له ضلع كبير في تسيير العملية ، وتحديد نتائجها ، ولذلك ؛ فإن توافر قدر معين من الإمكانيات العملية ، والأخلاقية ، يمثل أحد الضمانات الأساسية المطلوبة لمواجهة مخاطر هذه الاستثمارات ، وخاصة في حالة الاعتماد على أسلوبي المشاركة والمضاربة ، وهو ما يعني أن عدم توافر العميل على هذا النحو ، يعرض هذه الاستثمارات لمخاطر عالية ، مما يعد معوقًا أمام تطبيقها .

وقد اتضح من تجربة المصارف الإسلامية - خلال الفترة الماضية - أن من أهم المشاكل التي واجهت المصارف الإسلامية عامة ، واستثماراتها على وجه الخصوص كانت عدم توافر الكفاءة الأخلاقية من حيث الالتزام بالاتفاقيات ، وعدم توافر الأمانة ، والصدق لدى نسبة كبيرة من المتعاملين .

فقد شهدت التجارب العملية للعديد من المصارف الإسلامية - عند تطبيقها للنشاط الاستثماري - أمثلة ونماذج عديدة من عدم الالتزام ، وعدم الأمانة ، والتعدي على حقوق المصرف من عدد غير قليل من المتعاملين ، وكانت هذه الأمثلة أكثر وضوحًا وتكرارًا في السنوات الأولى لبداية نشأة هذه المصارف ، حيث كانت هناك رغبة من كثير من هذه المصارف في العمل وفق الإطار النظري الصحيح المفترض ، من خلال التركيز على أسلوبي المضاربة والمشاركة خاصة ، وقد ترتب على ذلك تعرض كثير من استثمارات هذه المصارف لمخاطر مرتفعة ، وحدوث خسائر للعديد من العمليات ، وضياع كثير من الحقوق المالية لبعض هذه المصارف (١) .

فقد فوجئت كثير من المصارف الإسلامية ، أن طائفة كبيرة من الأمراض الاجتماعية المنتشرة في مجال المعاملات قد انتقلت إلى استثماراتها من خلال شريحة كبيرة من المتعاملين ، مثل تأخر ومماطلة الكثيرين في أداء التزاماتهم في المواعيد المحددة ، وتلاعب نسبة كبيرة بالإيرادات والمصروفات والأرباح ، وإخفاء المعلومات ، وتزوير الوثائق ، والفواتير ، واستباحة أموال الغير .. وغيرها من السلوكيات غير الإسلامية ، في وقت

---

(١) لتفصيل أكثر حول ذلك انظر للباحث : النشاط الاستثماري للمصارف الإسلامية ومعوقاته ، طبيعة ونوعية المتعاملين ، (ص ٢١٧) .

تفترض فيه نظم وأساليب هذه المصارف ضرورة توافر قدر من الخلق ، والسلوك الإسلامي كعنصر أساسي لتطبيقها .

وإزاء هذه المعطيات - التي أفرزتها التجارب العملية لكثير من المصارف الإسلامية ، في الفترة الأولى - وجدت أن الاعتماد على عنصر شخصية التعامل - كضمان أساسي لاستثماراتها - قد مثل خطورة كبيرة عليها ، مما دفعها - تحت ضغوط الواقع - إلى أن تولي هذا العامل من الضمان أهمية ثانوية ، وبدأت في التحول للاعتماد على عناصر أخرى .

وفي دراسة ميدانية ببعض المصارف الإسلامية حول هذه المشكلة (١) ، حاول الباحث استطلاع وجهة نظر العاملين ، والمسؤولين بهذه المصارف عن أسباب هذه المشكلة ، فوجد أنهم يحمّلون واقع البيئة ، وما آل إليه المستوى الأخلاقي لكثير من أفراده في الوقت الحاضر مسئوولية هذه المشكلة ، على اعتبار أن المتعاملين مع المصارف الإسلامية ، ما هم إلَّا شريحة من أفراد هذا المجتمع ، الذي انحدر المستوى الأخلاقي به لدرجة كبيرة ، وأصابت معاملاته كثير من الأمراض .

وعلى الرغم من أن الباحث لا ينكر دور المجتمع في هذه المشكلة ، إلَّا أنه يعتقد أن قسطًا كبيرًا من هذه المشكلة تتحمله أيضًا المصارف الإسلامية ، وذلك لقصورها في القيام بعملية دراسة ، واختيار العميل الملائم لطبيعة استثماراتها بصورة علمية وموضوعية ، مما أدى إلى عدم الدقة في اختيار المتعاملين ، نتيجة لعدم توافر أو قصور أجهزتها المختلفة ، وأساليبها المتبعة في هذا المجال ، والتي كان يجب أن تكون على نفس القدر من الأهمية ، والتمايز لهذه الطبيعة الجديدة لاستثماراتها .

والخلاصة : أن عدم توافر النوعية الملائمة من المتعاملين لطبيعة هذه الاستثمارات ، بصرف النظر عن كونه راجعًا إلى واقع ، وطبيعة البيئة ، أو قصور أجهزة وأساليب هذه المصارف في دراسة واختيار هذه النوعية الملائمة من المتعاملين ؛ فإنه حرم هذه المصارف من أحد الضمانات الأساسية والضرورية اللّازمة لنجاح استثماراتها .

ثانيًا : بالنسبة لدراسة ، وتقييم ، واختيار ، وتنفيذ العمليات الاستثمارية :

الطبيعة الاستثمارية الخاصة للمصارف الإسلامية تستلزم ضرورة البحث عن الفرص

---

(١) انظر : المصدر السابق .

الاستثمارية في المجتمع – الملائمة لطبيعتها ، ولإمكانياتها التمويلية والفنية – ودراسة هذه الفرص دراسة جدوى مبدئية ، ثم دراسة جدوى نهائية ؛ للتأكد من سلامتها ، ثم تقويمها لمعرفة مدى قدرتها على تحقيق أهداف المصرف ، ثم القيام بتنفيذها سواء بمفردها ، أو بالمشاركة مع غيرها .

هذا بالإضافة إلى أن هذه الطبيعة الاستثمارية الخاصة ، تلزم هذه المصارف بالقيام بالمهام السابقة للمشروعات الاستثمارية المقترحة المقدمة من المتعاملين المستثمرين ، الذين يتقدمون بطلب تمويل من المصرف وفق أساليبه الاستثمارية ، من أجل التأكد من سلامة هذه المشروعات ، ومدى توافر الفرص لنجاحها كضمان لهذه الاستثمارات .

ولذلك ؛ فإن توافر القدرة والإمكانيات لدراسة وتقييم ، واختيار ، وتنفيذ العمليات الاستثمارية لدى المصارف الإسلامية ، يعد شرطًا ضروريًا ، وضمانًا رئيسيًا لهذه الاستثمارات ، بحيث يؤدي عدم توافرها إلى تعرض هذه الاستثمارات لمخاطر عالية ، وهو ما يمثل عقبة رئيسية أمام تنفيذها .

وحتى تتحقق للمصارف الإسلامية هذه القدرة على دراسة ، وتقييم ، واختيار ، وتنفيذ العمليات الاستثمارية ؛ فإنه من الضروري أن تتوافر لهذه المصارف العناصر التالية :

– عناصر بشرية إدارية ، وفنية ملائمة .

– أجهزة معاونة عديدة : للمعلومات ، والإحصاء ، والتسويق ، والإشراف ، والمتابعة ... إلخ .

– نظم عمل جديدة تتفق وطبيعة النشاط الاستثماري لهذه المصارف .

وهذا كله ضمن جهاز استثماري ضخم يعمل وفق الأسس والأساليب الجديدة لهذه الاستثمارات .

وقد توصلت إحدى الدراسات [1] إلى أن هذا الجهاز الاستثماري الضخم ، والذي تتوافر له كل هذه العناصر السابقة ، ووفق المستوى الملائم الذي يمكنه من العمل بكفاءة عالية ، هذا الجهاز لم يتوافر لكثير من المصارف الإسلامية خلال الفترة الأولى من بداية نشاطها ؛ بل ومن الصعب توافره في هذه المرحلة المبكرة من نشأة هذه المصارف ؛

---

(١) انظر : محمد عبد المنعم أبو زيد ، النشاط الاستثماري للمصارف الإسلامية ومعوقاته ، (ص ٢٦٩) .

وذلك نظرًا لحداثة التجربة بالمقام الأول .

فمن حيث العناصر البشرية ، يجب أن يتوافر لها بعض الخصائص المميزة التي تمكنها من التعامل مع هذا النشاط الجديد ، كالعلم بالأحكام الشرعية المتعلقة بالمعاملات المصرفية ، والاستثمارية الجديدة ، وتوافر بعض الملكات ، والقدرات الذاتية : كالعقلية الابتكارية ، والمهارات الاستثمارية ، والتسويقية ، بالإضافة إلى توافر قدر مناسب من الخبرة ، والممارسة العملية لبعض عمليات هذا النشاط في نفس المجال ، أو في مجال قريب منه .

والحقيقة أن هذه العناصر البشرية وفق الخصائص والكفاءات المطلوبة ، والتي تمتلك القدرة على التعامل مع متغيرات هذا النشاط وفق المنهج الجديد وأساليبه المميزة ، هذه العناصر لم تكن متوافرة لغالبية هذه المصارف خلال الفترة الماضية .

فقد ذكر أحد المسؤولين بهذه المصارف أن من أهم المشاكل التي تواجه المصارف الإسلامية في مجال القوى البشرية : نقص المعرفة الفنية ، والشرعية ، وانخفاض مستوى المهارة الفنية ، وانخفاض مستوى كفاءة بعض العاملين من المستويات المختلفة ، وعدم وجود كفاءات متخصصة في الترويج ، والتسويق للاستثمار (١) .

وترجع هذه المشكلة - في الأساس - إلى حداثة نشأة المصارف الإسلامية ؛ إذ من الضروري أن تتمتع العناصر البشرية التي تصلح للعمل بهذه المصارف ، بالخبرة العملية الملائمة كذلك ، وهذا لا يتحقق إلَّا بممارسة هذه العناصر لذلك العمل في مؤسسات مصرفية ، وتمويلية إسلامية أخرى مماثلة ، أو مشابهة ، ولما كان قيام هذه المصارف والمؤسسات ما زال حديثًا ، فقد اعتمدت هذه المصارف - بصورة أساسية - على استقطاب الخبرات المصرفية التقليدية ، والتي تشبعت بنظم العمل في البنوك التقليدية فكرًا ، وممارسة ، ولما كانت فلسفة وميكانيزم العمل في المصارف الإسلامية تختلف عنها في البنوك التقليدية ؛ فإن هذه العناصر لم تتوافر لها القدرات ، والخبرات التي تمكنها من التعامل مع متغيرات هذا النشاط الجديد .

وزاد من حدة هذه المشكلة قصور عمليات الاختيار ، والتعيين بهذه المصارف ، وكذلك عدم توفر - أو قصور - أجهزة التعليم ، والتدريب الخاصة بها .

---

(١) د. عبد الحميد الغزالي ، مشاكل المصارف الإسلامية ، (ص ٤) .

وقد ترتب على هذا الوضع أن حرمت استثمارات المصارف الإسلامية من أهم عامل من عوامل الضمان الضرورية التي تتناسب مع طبيعتها المميزة .

أما بالنسبة لأنظمة العمل ، وأساليبه الجديدة ، التي تتيح تطبيق هذه الاستثمارات بصورة صحيحة وفق الإطار النظري المفترض ، وفي ضوء متغيرات الواقع الحالي ، هذه الأنظمة ، وتلك الأساليب ، كانت غير متوفرة وغير مكتملة لهذه المصارف ، فمثلًا لا يوجد منهج علمي لدراسة وتقديم المشروعات وفق المنهج الإسلامي ، بل إن كثيرًا من أساليب العمل التي تم ابتكارها في مرحلة سابقة على نشأة هذه المصارف ، أو التي تم ابتكارها في بداية هذه النشأة ، لم تستطع مواجهة متغيرات الواقع ، بحيث تحقق لهذه الاستثمارات قدرًا من الحصانة ، والضمان ضد هذه المتغيرات .

والسبب أيضًا في ذلك يرجع إلى حداثة نشأة تجربة المصارف الإسلامية ؛ لأن أساليب ونظم العمل لا يمكن صياغتها ، وتطويرها بصورة نظرية بحتة ، بعيدة عن الممارسات العملية ، ولذلك كان من الضروري أن تمضي فترة من الممارسة العملية ، حتى تتمكن هذه المصارف من ابتكار واستحداث أنظمة ، وأساليب العمل ، من خلال فقه التجربة ، الذي لا يمكن أن يغني عنه فقه النظرية .

أما بالنسبة للأجهزة المعاونة ، والضرورية لنجاح النشاط الاستثماري ، فلم تكن غير متاحة - أو غير مكتملة - لكثير من هذه المصارف (١) ، ربما لحداثة النشأة ، أو لتقصير بعضها في هذا الشأن ، أو لأن نشاط بعضها - الاستثماري - لم يبلغ المستوى الذي يجعل وجود مثل هذه الأجهزة اقتصاديًا من الناحية التشغيلية .

والنتيجة النهائية لذلك ، كانت عدم توافر الجهاز الاستثماري الملائم والكفء ، والذي يمتلك القدرة على ضمان تطبيق هذا النشاط الاستثماري الجديد بنجاح ، بحيث يمثل عنصر ضمان أساسي لهذا النشاط .

ومن ثم ، فقد حرمت استثمارات المصارف الإسلامية من العنصر الثاني من عناصر الضمان الأساسية الملائمة لطبيعتها ، وهو ما ترتب عليه العديد من الآثار السلبية على مسيرة المصارف الإسلامية ، فيما يتعلق بأهم أنشطتها ، وهو النشاط الاستثماري .

---

(١) انظر للباحث : النشاط الاستثماري للمصارف الإسلامية ومعوقاته ، (ص ٢٦) .

الفرع الثاني : آثار عدم توافر الضمانات الملائمة لاستثمارات المصارف الإسلامية :

ترتب على عدم توافر الضمانات الملائمة لطبيعة استثمارات المصارف الإسلامية عدد من الآثار ، والنتائج السلبية ، أدت في النهاية إلى انحراف التطبيق العملي لهذه الاستثمارات عن الإطار النظري الصحيح المفترض لها ، وكان من أهم هذه الآثار ما يلي :

أولًا : الاعتماد على الضمانات التقليدية بصورة أساسية :

كان من المفترض ألّا تلجأ المصارف الإسلامية إلى الضمانات التقليدية ، كالضمانات العينية ، والشخصية ، إلّا بصورة استثنائية ، وفي حالات نادرة ، وذلك باعتبارها ضمانات تكميلية وليست أساسية ؛ وذلك نظرًا لعدم ملاءمتها لطبيعة هذه الاستثمارات ؛ فإنها غير قادرة - وغير كافية - على مواجهة مخاطرها المحتملة .

ولكن لأن الممارسات العملية لكثير من المصارف الإسلامية ، أثبتت عدم توافر كثير من المتعاملين بالمستوى المطلوب ، والملائم لطبيعة هذه الاستثمارات - بالإضافة إلى عدم توافر العناصر المطلوبة للعامل الثاني من عناصر الضمان - اضطر هذا كثيرًا من المصارف الإسلامية إلى التحول للاعتماد على الضمانات ، التقليدية - العينية والشخصية - كضمان أساسي لعملياتها ، بدلًا من كونه ضمانًا ثانويًا ، أو تكميليًا .

ولما كانت الضمانات التقليدية لا تصلح لتغطية كافة المخاطر التي تتعرض لها عمليات المشاركة ، والمضاربة خاصة ، وكذلك عمليات الاستثمار المباشر ، فقد أدى ذلك بكثير من المصارف الإسلامية - ضمن جملة عوامل أخرى - إلى تفضيل الأساليب الاستثمارية التي تتفق مع طبيعة هذا الضمان ، ولذلك تحولت كثير من المصارف الإسلامية من الاعتماد على المشاركات ، والمضاربات ، إلى التوسع في المرابحات بنسبة كبيرة ، على الرغم من أنها أقل ملاءمة لطبيعة وفلسفة الاستثمار ، والمصارف الإسلامية كما يتضح من النقطة التالية :

ثانيًا : تفضيل المرابحة على المشاركة ، والمضاربة :

من الآثار السلبية أيضًا التي ترتبت على عدم توافر الضمانات الأساسية الملائمة لطبيعة استثمارات المصارف الإسلامية ، اتجاه هذه المصارف للاعتماد على الأساليب الاستثمارية ، التي تقترب من أساليب التمويل التقليدية في تنفيذها مثل : المرابحة ،

والبيع الآجل ، حيث يستطيع أن يضمن المصرف من خلالها استرداد أمواله بصورة كبيرة ، من خلال الاعتماد على الضمانات التقليدية ، وحيث يحصل المصرف على ربح مقطوع محدد - مسبقًا - ويتحمل العميل بمفرده مخاطر ، وخسائر العملية تقريبًا ، ولأن هذه الأساليب تتميز بسهولة إجراءات ، ونظم تطبيقها من وجهة نظر العاملين ، لاقترابها من الأساليب التي اعتادوا عليها من قبل لفترة طويلة في البنوك التقليدية ، وذلك على عكس الحال بالنسبة للأساليب الأخرى التي تعتمد على قاعدة الغنم بالغرم ، كالمشاركة ، والمضاربة ، التي تتطلب دراسة المشروع المقترح بدقة ، وعناية فائقة ، لتحمل المصرف المخاطرة بجانب العميل ، والمساهمة في الخسائر في حالة حدوثها ، وتتطلب أيضًا دراسة واختيار العميل المشارك ، أو المضارب ، بكفاءة عالية ، لتوقف نجاح أو فشل العملية على كفاءته ، وأمانته بدرجة كبيرة .

ولذلك فقد اتضح من التطبيق العملي في كثير من المصارف الإسلامية ، أن أسلوب المرابحة قد استحوذ على نصيب الأسد من جملة استثمارات هذه المصارف ، ووصلت في بعضها إلى أكثر من (٩٠٪) ، بينما لم يحصل أسلوب المشاركة إلَّا على نسبة صغيرة جدًّا ، في حين لم يكن لأسلوب المضاربة أي حظ في التطبيق بكثير من هذه المصارف ، وبعضها اعتمد عليه بصورة هامشية جدًّا ، وبدرجة متدنية بصورة مستمرة [(١)] .

وهكذا ؛ فإن عدم توافر الضمانات الملائمة ، جعل هذه المصارف تبتعد عن الأساليب الاستثمارية الأكثر ملاءمة لطبيعتها ، والتي تقوم على قاعدة الغنم بالغرم ، وتعتمد على أساليب أخرى ، لا تعكس طبيعتها الاستثمارية الخاصة ، لإمكانية قيام الضمانات التقليدية بتحقيق عامل الضمان للعمليات الاستثمارية المنفذة من خلالها ، ولأن الضمانات الأساسية هنا لا تحتل نفس الأهمية ، ولا تلعب نفس الدور في نجاح أو فشل العملية الاستثمارية ، كما هو الحال في الأساليب الأخرى كالمضاربة ، والمشاركة .

وقد مثل هذا الوضع انحرافًا كبيرًا في مسيرة المصارف الإسلامية عن النموذج النظري الصحيح المفترض لها ، وهو ما كان له آثار سلبية عديدة على قيامها بدورها الاقتصادي ، والاجتماعي المفترض لها ، والمأمول منها .

---

(١) انظر : الجدول السابق رقم (١) .

ثالثًا : تحول المصارف الإسلامية من تمويل غير القادرين إلى تمويل أرباب الأموال :

من المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها فلسفة النموذج النظري للمصارف الإسلامية ، التركيز على تمويل غير القادرين ماديًا - الذين تتوافر لديهم الخبرة ، والقدرة العملية على العمل ، والاستثمار - وذلك بهذف رفع مستواهم ، وتحويلهم من فقراء إلى مالكين ، ومن عاطلين إلى منتجين ، تمشيًا مع الدور الاقتصادي والاجتماعي للمصارف الإسلامية .

ولكن واقع التطبيق العملي دفع باستثمارات غالبية المصارف الإسلامية بعيدًا عن هذا التصور النظري المأمول ، فقد ركزت كثير من هذه المصارف نشاطها الاستثماري في التعامل مع الأغنياء والقادرين ، سواء في صورة أفراد ، أو في صورة شركات كبيرة ، ومنظمة ، وذلك نتيجة لاعتماد هذه المصارف على الضمانات التقليدية بصورة أساسية ، والتي لا يستطيع تقديمها إلَّا الأغنياء ، وأرباب الأموال ، والشركات الكبيرة [١] .

ومعنى هذا : أن المصارف الإسلامية سلكت مسلك البنوك التقليدية في تمويل القادرين على تقديم الضمانات ، والانصراف عن تمويل العاجزين عن تقديم الضمانات ، رغم حاجتهم الماسة إلى التمويل ، وهو المسلك الذي حاول منظرو هذه المصارف تجنيبها إياه منذ البداية [٢] .

وهكذا كان من أحد السلبيات الرئيسية لاعتماد المصارف الإسلامية على الضمانات التقليدية ، تحول النشاط الاستثماري إلى تمويل القادرين ، وأصحاب الأموال ؛ وذلك لأنهم الذين يمكلون القدرة على تقديم تلك الضمانات التقليدية ، والتراجع عن تمويل كثير من غير القادرين ، لعجزهم عن تقديم الضمانات المطلوبة ، وهو عكس ما كان مفترضًا ومأمولًا من هذه المصارف ، حسب النموذج النظري المفترض لها .

رابعًا : عدم القدرة على تمويل المجالات والآجال التي تخدم غرض التنمية :

كان أيضًا من السلبيات الرئيسية - لعدم توافر الضمانات الأساسية لاستثمارات المصارف الإسلامية - التركيز على العمليات الاستثمارية ذات الأجل القصير ، وأيضًا تفضيلها للاستثمار في المجال التجاري على المجالين الزراعي والصناعي .

---

(١) انظر للباحث : النشاط الاستثماري للمصارف الإسلامية ومعوقاته ، مرجع سابق ، (ص ١٨٧ - ١٨٩) .
(٢) د. جمال عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، كتاب الأمة .

فالاستثمارات طويلة الأجل - خاصة - تتميز بارتفاع درجة المخاطرة ، ولذلك تتطلب كوادر بشرية عالية الكفاءة في مجال الاستثمار ، يكون لها القدرة على دراسة وتقييم ، واختيار المشروعات الملائمة ، وأيضًا متابعة تنفيذها ، وذلك كله وفق أحدث الأساليب الصحية ، وبكفاءة عالية ، حتى تتوافر لها فرص كبيرة لنجاحها .

وهذه الكوادر البشرية - وكما سبق - لا تتوافر لغالبية المصارف الإسلامية في هذه المرحلة .

ولذلك فضلت هذه المصارف تركيز نشاطها الاستثماري على العمليات الاستثمارية قصيرة الأجل ، وكانت نسبة الاستثمارات طويلة الأجل ضعيفة جدًا في غالبية هذه المصارف ؛ فعلى سبيل المثال ، بلغت نسبة الاستثمارات طويلة الأجل إلى إجمالي الاستثمارات (٢,٣٪) في المتوسط في بنك فيصل المصري عن الفترة (من ١٩٧٩ إلى ١٩٨٨م) ، وفي المصرف الإسلامي الدولي بالقاهرة (٠,٨٪) عن الفترة من (٨٢ إلى ١٩٨٨م) ، وفي عام (١٩٨٥ م) - مثلًا - بلغت نفس النسبة (١٪) لمصرف قطر الإسلامي ، (١,٣٪) لبنك البركة الإسلامي البحريني [١] .

غير أنه من المهم الإشارة إلى أنه كانت هناك أسباب أخرى - غير موضوع الضمان - دفعت المصارف الإسلامية للابتعاد عن الاستثمارات طويلة الأجل ، منها : حاجتها في الفترة الأولى لعوائد سريعة ، حتى تثبت أقدامها في السوق المصرفية ، وقصر آجال غالبية الموارد المتاحة لها ، بالإضافة إلى العوامل البيئية ، التي تواجه الاستثمارات عامة ، والاستثمارات طويلة الأجل خاصة ، في غالبية المجتمعات النامية التي تعمل بها هذه المصارف .

كما أنه لنفس الأسباب السابقة ، وحيث المصارف الإسلامية نفسها مضطرة لتركيز استثماراتها في القطاع التجاري خاصة ، والابتعاد عن الاستثمار في قطاعي الزراعة والصناعة ، فقد لوحظ أن نشاط التجارة قد استحوذ على نصيب الأسد من جملة استثمارات غالبية المصارف الإسلامية ؛ ففي بنك قطر الإسلامي ، بلغت نسبة الاستثمار في قطاع التجارة إلى جملة الاستثمارات (٩٠٪) عن عام (١٩٨٤م) ، وفي بنوك السودان الإسلامية مجتمعة ، بلغ المتوسط العام للنسبة (٧٧٪) عن عام (١٩٨٦م) [٢] .

---

(١) انظر : الجدول السابق رقم (٢) .

(٢) انظر : الجدول المرفق رقم (٣) .

جدول رقم (٣)

التوزيع القطاعي لاستثمارات عدد من المصارف الإسلامية متوسط الأهمية النسبية للاستثمار في كل قطاع :

المصرف	الفترة من - إلى	التجارة	العقارات والأراضي	الصناعة	الزراعة	أصحاب المهن
١ - البنك الإسلامي الأردني	٨٠ - ١٩٨٧	٣١,٦	١٧,٥	١٦,٤	٧,٨	٥,٥
٢ - بنك التمويل الكويتي	٨٢ - ١٩٨٦	٢٤,٤	٧,٢	-	-	-
٣ - مصرف قطر الإسلامي	٨٣ - ١٩٨٤	٨٤,٩	١٦,١	-	-	-
٤ - بنك دبي الإسلامي	٨٣ - ١٩٨٤	٧,١	١,٩	٨,٣	-	-
٥ - بنك البحرين الإسلامي	٨٥ - ١٩٨٦	٦٦,٩	١٨,٢	-	-	-
٦ - بنك فيصل المصرفي	٨٥ - ١٩٨٨	٥٠,٦	٢٠,٤	١٥,٧	٣	-
٧ - المصرف الإسلامي - القاهرة	١٩٨٢ - ٨٥	٧١	١٩	٨	٣	-
٨ - البنوك الإسلامية بالسودان	حتى ٨٤	٧٥	١٤,٧	٤	٥	١,٤

المصدر : عبد الحليم إبراهيم محسين : تقييم تجربة البنوك الإسلامية ، رسالة ماجستير ، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية ، الجامعة الأردنية ، (١٩٨٩ م) ، (ص ١٣٠) .

* * *

الفصل الرابع : العوامل التي تساعد على تحقيق الضمان لأنشطة المصارف الإسلامية

تقديم :

تبين من الفصلين السابقين ، أن الطبيعة الخاصة ، والمميزة للمنهج الفكري الحاكم لنشاط المصارف الإسلامية ، أدت إلى اختلاف شكل ، وطبيعة العلاقة القائمة بين المصرف الإسلامي ، ومتعامليه - سواء المودعين ، أو المستثمرين - عما هو عليه الحال في البنوك التقليدية ، وقد أدى هذا الاختلاف في شكل ، وطبيعة العلاقة ، إلى اختلاف شكل ، وطبيعة الضمان الملائم لنشاط المصرف الإسلامي ، سواء في مجال تجميع الموارد ، أو في مجال توظيفها .

فعلى مستوى تعبئة الموارد ، اتضح أن الشكل القائم من حيث ضمان البنك التقليدي بقيمة الوديعة ، وفوائدها في تاريخ محدد ، شكل مرفوض إسلاميًا ، ولكن هناك شكل جديد للضمان يتلاءم مع طبيعة العلاقة القائمة بين المصرف الإسلامي ، ومودعيه ، وحتى يتحقق هذا الشكل الجديد للضمان ؛ فإنه من الضروري توافر عدد من العناصر ، أو العوامل التي تؤدي إلى قيام هذا الشكل الجديد في أرض الواقع العملي .

وعلى مستوى توظيف الموارد ، اتضح - أيضًا - أن الشكل القائم من حيث ضمان طالب التمويل من البنك التقليدي بقيمة القرض ، وفوائده في تاريخ محدد ، شكل مرفوض أيضًا ، واتضح - أيضًا - أن هناك شكلًا جديدًا من الضمان ، يجب توافره في إطار هذه العلاقة الجديدة بين المصرف الإسلامي ، ومتعامليه من المستثمرين، وأيضًا حتى يتحقق هذا الشكل الجديد للضمان ، فإنه من الضروري توافر عدد من العوامل في الواقع العملي .

فما هي تلك العوامل التي تساعد على تحقيق الضمان الملائم لطبيعة العلاقة الجديدة ، بين المصرف الإسلامي ، ومودعيه ؟

وما هي تلك العوامل التي تساعد على تحقيق الضمان الملائم لطبيعة العلاقة الجديدة ، بين المصرف الإسلامي ، وطالب التمويل فيه ؟ .

هذا هو موضوع هذا الفصل ؛ حيث تحاول السطور التالية تقديم مساهمة متواضعة في مجال الإجابة على هذين السؤالين ، وذلك من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول : عوامل تحقيق الضمان لأصحاب الودائع الاستثمارية بالمصارف الإسلامية .

المبحث الثاني : عوامل تحقيق الضمان لاستثمارات المصارف الإسلامية .

* * *

المَبْحَثُ الأَوَّلُ

عوامل تحقيق الضمان لأصحاب الودائع الاستثمارية بالمصارف الإسلامية

الفرع الأول : الأسس التي يجب في إطارها ، دراسة قضية الضمان لودائع المصارف الإسلامية :

إن السبب الرئيسي الذي أدى إلى نشأة مشكلة الضمان بالنسبة للودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية ، هو التفاوت الكبير بين طبيعة البيئة التي تعمل فيها هذه المصارف ، وطبيعة الإطار الفكري الحاكم لنشاطها .

فمن ناحية ، نجد أن العلاقة بين أصحاب الودائع الاستثمارية ، والمصرف الإسلامي يحكمها عقد المضاربة ، المودع فيها رب المال ، والمصرف هو العامل المضارب بهذا المال .

ولأن الأصل في المضاربة أن العامل لا يضمن ما يصيب رأس المال من خسارة ، أو تلف ، إلَّا إذا تعدى ، أو قصر ، أو خالف الشروط ، فإن المصرف الإسلامي بالقياس - بوصفه العامل هنا - لا يضمن قيمة الوديعة الاستثمارية المسلمة له من المودع لاستثمارها ، وهذا الحكم محل اتفاق ، وإجماع كل الفقهاء الذين تناولوا عقد المضاربة (١) .

ولكن من ناحية أخرى ، نجد أن واقع البيئة الذي تعمل فيه المصارف الإسلامية ، لا يتلاءم مع طبيعة هذا الإطار المحدد لنشاطها ، فهناك النظام المصرفي التقليدي المسيطر ، الذي يقدم الضمان الكامل للودائع الاستثمارية .

وكان يمكن أن يكون تأثير هذا النظام ضعيفًا - في حالة توافر العقلية الادخارية الإسلامية لدى المودعين - ولكن على العكس من ذلك تمامًا ، فقد سيطرت العقلية الربوية على النسبة الغالبة من المودعين ، وعدم توافر الاستعداد للمخاطرة ، وتفضيل العائد الثابت المحدد - مسبقًا - وضمان استرداد الوديعة على النحو السائد في البنوك

---

(١) سبق التعرض لذلك بالتفصيل في الفرع الثاني من المبحث الأول بالفصل الثاني .

الربوية ، بصرف النظر عن عامل الشرعية ، والحل ، والحرمة [١] .

في ضوء هذا التفاوت الكبير بين الإطار الفكري ، والواقع العملي ، بدأ الحديث عن قضية الضمان للودائع في المصارف الإسلامية ، ولكن اللافت للنظر في المحاولات التي قامت لتطوير عملية الضمان ، كانت تؤسس - منذ البداية - على أساس تحقيق الضمان لهذه الودائع بطبيعته التقليدية السائدة في البنوك الربوية ، مع محاولة البحث عن تخريج شرعي لذلك ، وكان مبعث هذا الأمر ، هو وضع المصارف الإسلامية في مركز تنافسي مع البنوك التقليدية .

ولكن الباحث يرى أن اتباع هذا المنهج لتناول قضية الضمان لودائع المصارف الإسلامية ، عليه كثير من المآخذ ، وأن دراسة هذه القضية يجب أن تتم في إطار الأسس التالية [٢] :

١ - إن الإقرار بضرورة الانطلاق من دراسة الواقع العملي ، عند القيام بمحاولة تطوير الأساليب الإسلامية عامة ، لا يعني التسليم بطبيعة هذا الواقع ، ومتغيراته على أي وضع كان - كما هو الحال في المنهج الاقتصادي - باعتباره ثابتًا من الثوابت ، وأن محاولة التطوير يجب أن تنصب على الصيغة ، أو المعاملة الإسلامية ، واعتبارها المتغير الذي يجب تطويعه بكل الطرق ، ليلائم هذا الواقع ، ولكن من الضروري أن يكون هناك مجال للعمل على تغيير هذا الواقع ، كعنصر من العناصر التي يجب الاعتماد عليها لتحقيق التطوير المطلوب ، وخاصة إذا كان هذا الواقع مخالفًا للأحكام الشرعية .

٢ - الواقع الذي فرض قضية الضمان هنا على هذا النحو ، هو واقع البيئة ، والمؤسسات الربوية ، وهو واقع مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية ؛ حيث استغلت هذه المؤسسات غياب الوازع الديني ، وضعف مستوى العقيدة الإسلامية ، لدى النسبة الغالبة من المودعين ، لتقوم بترسيخ هذا العامل ، وإظهاره على أنه ميزة كبيرة من الناحية المادية ، متجاهلة الجانب الشرعي ، ومما لا شك فيه ، أن زيادة الوازع الديني ، وانتشار القيم ، والمفاهيم الإسلامية ، يمكن أن يعالج هذا الخلل ، وذلك بأن يجعل هذه الميزة

---

(١) سبق التعرض لذلك بالتفصيل في الفرع الأول من المبحث الأول بالفصل الثالث .

(٢) انظر : محمد عبد المنعم أبو زيد : « عقد المضاربة في الفقه الإسلامي ودوره في التطبيقات المصرفية الإسلامية المعاصرة » ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي بالقاهرة .

الظاهرة - في ظل النظام الربوي - مرفوضة تمامًا من الوجهة الشرعية .

وحيث إن وجود هذا الواقع غير الإسلامي يمثل عقبة رئيسية أمام التطبيقات الإسلامية عامة ، فإن تغيير هذا الواقع يعد مطلبًا رئيسيًا ، لضمان نجاح هذه التطبيقات .

٣ - إن البحث عن وسيلة لجعل المصرف الإسلامي ضامنًا للأموال المودعة لديه على النحو السابق ، أمر يتنافى مع أحد الأحكام الرئيسية للمضاربة المتفق عليها من كل العلماء ، وهي أن الخسارة على رب المال ، إذا لم يخالف ، أو يقصر العامل ، وتقديم الضمان لرب المال هنا - بصرف النظر عن مصدره - يعد مخالفًا لذلك ، وأيضًا للقاعدة الفقهية : « الغنم بالغرم » ؛ لأن المودعين يشاركون البنك في الغنم فقط دون الغرم .

٤ - يجب ألا يفهم مما سبق ، أن قضية الضمان لودائع المصارف الإسلامية ، ليست ذات أهمية ، بل على العكس ؛ فإن أهميتها كبيرة - ليس للمودع فقط - ولكن للمصرف الإسلامي أيضًا ، وذلك من أجل المحافظة على هذه الأموال من الضياع ، والعمل على تثميرها ، وهو أمر لا ينكره الإسلام ؛ بل هو واجب إسلامي ، ولكن يجب أن يتم تناول هذه القضية في إطار الضوابط الشرعية العامة ، والأحكام الفقهية لعقد المضاربة ، وبالاعتماد على الأساليب الملائمة لهذا الواقع ، والتي لا تضمن مخالفات لهذه الضوابط ، وتلك الأحكام ، كما يتضح من الفرع التالي .

الفرع الثاني : عوامل تحقيق الضمان للودائع الاستثمارية بالمصارف الإسلامية :

في ضوء الأسس السابقة ، يرى الباحث أن قضية الضمان للودائع الاستثمارية للمصارف الإسلامية ، يجب أن تعتمد على محورين أساسيين متكاملين :

الأول : محور بيئي : وذلك من خلال العمل على خلق وعي ادخاري إسلامي .

والثاني : محور مصرفي : وذلك من خلال اتباع الوسائل ، والأساليب الصحيحة لضمان نجاح استثمارات هذه المصارف .

ولكن قبل تناول بعض الأساليب ، التي يمكن من خلالها تحقيق هذين العاملين بالتوضيح ، يرى الباحث أنه من الضروري إعادة التأكيد على أن تناول موضوع الضمان للودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية وفق التصورات السابقة - التي تنادي

بضرورة توفير الضمان للمودع لوديعته ، وجزء محدد من الربح - أمر مرفوض - من وجهة نظر الباحث - لأنه يتنافى مع أهم أحكام المضاربة ، والتي هي محل اتفاق جميع الفقهاء ، ولتعارضها مع القاعدة الفقهية : الغنم بالغرم - كما سلفت الإشارة - ولأن ذلك يؤدي إلى جعل صورة المضاربة في التطبيق هنا ، قريبة من صورة القرض الربوي .

أما من حيث المحور الأول - والخاص بالعمل على خلق وعي ادخاري إسلامي - فقد اتضح مما سبق ، أن السبب الرئيسي لنشأة قضية الضمان للودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية ، كان مرده إلى سيطرة العقلية الربوية على غالبية المودعين بالمصارف الإسلامية ، وغياب الوعي الادخاري الإسلامي لدى النسبة الغالبة منهم .

والحقيقة أن هذا الأمر ليس حديث النشأة ، وليس مرتبطًا بظهور تجربة المصارف الإسلامية ، وإنما كان نتاجًا لتراكمات عديدة لفترات طويلة من الزمن ، أشربت فيها البنية الإسلامية - فكرًا ، وعملًا - الأساليب ، والمناهج الربوية التقليدية ، وذلك نتيجة لغياب المنهج الإسلامي ، وسيطرة المناهج الوضعية على النظم ، والمؤسسات التعليمية ، والاقتصادية ، طوال هذه الفترات ، ولذلك فإن أي محاولة لتغيير هذا الواقع من خلال العمل على نشر الوعي الادخاري الإسلامي ، هي محاولة يجب أن تكون طويلة الأجل .

ومن ناحية أخرى ، يجب ملاحظة أن العناصر الضرورية التي يجب توافرها لتحقيق هذه الغاية ، لا تقع كلها تحت سيطرة المصارف الإسلامية ، ولا تتحمل بمفردها مسؤولية القيام بها .

فهناك عناصر يجب على الدولة القيام بها ، لنشر الوعي الادخاري الإسلامي ؛ مثل :

- تضمين نظم التعليم - بالمراحل المختلفة - مقررات دراسية عن المعاملات المالية ، والاقتصادية الإسلامية .

- اهتمام وسائل الإعلام ، والدعاة بتربية الجانب العقيدي ، وخلق الوازع الديني لدى المسلم منذ الصغر ، وبصورة مستمرة .

- تغيير القوانين ، والتشريعات ، ونظم العمل بالمؤسسات المختلفة ، بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية .

أما دور المصارف الإسلامية في هذا الشأن ، فيمكن أن يتحقق من خلال :

- نشر الكتب والنشرات ، وعقد الندوات على مستوى قاعدة المتعاملين ، وليس على مستوى الباحثين ، أو العاملين بها فقط ، حتى يتحقق الأثر المرجو منها .

- القيام ببعض الحملات الإعلامية الملائمة ، من خلال وسائل الإعلام المختلفة .

- الاعتماد على مجموعة من الدعاة المتخصصين في مجال المعاملات الإسلامية ، والاقتصاد الإسلامي ، لنشر مبادئ الاقتصاد الإسلامي ، ومفاهيم الادخار الإسلامي .

وذلك كله بهدف خلق جيل جديد من المدخرين المسلمين ، الذين يفضلون الإيداع بالمصارف الإسلامية ، من خلال مبدأ المشاركة في الربح ، والخسارة ، وتحمل المخاطرة ، على الإيداع بالبنوك الربوية ، على ما به من ضمان للوديعة ، والعائد .

أما المحور الثاني : والذي يتعلق بالعمل على اتباع الوسائل ، والأساليب التي تضمن نجاح استثمارات هذه المصارف ؛ فإن ذلك يعد من العناصر الضرورية لتحقيق الضمان للودائع الاستثمارية للمصرف ، وللمودع - في نفس الوقت - لأن توافر الوعي الادخاري الإسلامي لدى المودعين ، هو شرط ضروري ، وليس كافيًا لإقبال المودع على الإيداع بالمصارف الإسلامية ؛ لأن توافر الوعي الادخاري الإسلامي ، لا يعني توافر الاستعداد للمغامرة لدى المودع ، أو عدم رغبته في أن تكون أمواله في مأمن من الخسارة ، أو تحقيق أعلى معدلات للربحية ، ولذلك فإن العمل على ضمان نجاح هذه الاستثمارات ، وعدم تعرضها للخسارة ، وتحقيق أعلى معدلات ربحية ، يعد عنصر ضمان حقيقيًا ، ومهمًا للمودع ، يراه على أرض الواقع في صورة نتائج هذه الاستثمارات .

وسوف يتم التعرض لعناصر هذا العامل في المبحث التالي .

* * *

المبحث الثاني

عوامل تحقيق الضمان لاستثمارات المصارف الإسلامية

الفرع الأول : أنواع المخاطر التي تواجه استثمارات المصارف الإسلامية :

سبقت الإشارة إلى أن استثمارات المصارف الإسلامية ، تتميز بارتفاع عامل المخاطرة ، إذا ما قيست بمخاطر الائتمان التقليدي للبنوك ، أو بمخاطر الاستثمارات التقليدية .

فالمخاطر التي تواجه البنك التقليدي عند قيامه بمنح أحد عملائه قرضًا ماليًا ، تتمثل في : احتمالات عدم قيام العميل المقترض بالسداد في الميعاد المحدد ؛ ولذلك فهو يحصل على الضمانات الشخصية ، والعينية الكافية ، التي تضمن له الحصول على حقوقه .

ولكن المصرف الإسلامي ، بالإضافة إلى أن استثماراته تواجه هذا النوع من المخاطر ، فإنها أيضًا تتعرض لأنواع أخرى من المخاطر .

وكذلك الاستثمارات التقليدية ، تواجهها بعض المخاطر التقليدية التشريعية ، أو الفنية ، أو التمويلية ، هذه المخاطر التقليدية ذاتها تواجه أيضًا استثمارات المصارف الإسلامية ويضاف لها أيضًا بعض المخاطر الأخرى ، التي ترجع للطبيعة الخاصة لهذه الاستثمارات .

وأول مصدر للمخاطر التي يمكن أن تتعرض لها استثمارات المصارف الإسلامية ، يأتي من قبل العميل المستثمر « طالب التمويل » من المصرف الإسلامي .

فالنشاط الاستثماري للمصارف الإسلامية ، يتميز باعتماده على مجموعة من الأساليب الاستثمارية الجديدة ، كالمضاربة ، والمشاركة ، والمرابحة ، حيث يمثل العميل عنصرًا أساسيًا لنجاح ، أو فشل العملية الاستثمارية المنفذة وفق هذه الأساليب ، وإن كانت درجة المخاطرة تصل إلى أقصاها ، في حالة الاعتماد على أسلوب المضاربة ، وتتدنى إلى أقل مستوى في حالة الاعتماد على أسلوب المرابحة ، ولكن يظل العميل المستثمر - بناءً على هذه الطبيعة الخاصة - مصدرًا مهمًا ، رئيسيًا ، للمخاطر في

استثمارات المصارف الإسلامية ، بعضها قد يرجع إلى عدم كفاءته الفنية ، والإدارية ، وبعضها الآخر قد يرجع إلى عدم أمانته ، ومحاولته تزوير الوثائق ، والمستندات ، للحصول على ما ليس من حقه ، وبعضها يرجع إلى عدم التزامه بالسداد في المواعيد المتفق عليها ، والمماطلة .. إلخ .

كذلك من المصادر المهمة للمخاطر - التي يمكن أن تواجه استثمارات المصارف الإسلامية - نوعية الكوادر البشرية العاملة بهذه المصارف .

فعملية منح الائتمان في البنك التقليدي له آلية معينة ، رسخت عناصرها منذ فترة ، وأصبحت أبعادها معلومة ، أما القرار الاستثماري في المصرف الإسلامي ، فله أبعاده الكثيرة ، والجديدة ، ومما يزيد من تعقيداتها ، حداثة نشأة تجربة المصارف الإسلامية .

ولذلك ، فإن العناصر البشرية التي يجب أن تقوم على تنفيذ هذه العمليات ، يجب أن تتميز بنوعية خاصة ، ومميزة من الصفات - كما سبق - وهو ما يتطلب الممارسة العملية لفترة طويلة في هذا المجال ، وهو ما يصعب تحقيقه ، والمصارف الإسلامية ما زالت حديثة النشأة ؛ ولذلك فإن الطبيعة الخاصة ، والمميزة للنشاط الاستثماري للمصارف الإسلامية ، تؤدي أيضًا - بطريق غير مباشر - إلى خلق موطن جديد للمخاطرة ، يتمثل في العناصر البشرية التي يجب أن تعمل على تنفيذ هذه العمليات بمراحلها المختلفة .

كذلك واقع البيئة التي تعمل بها هذه المصارف ، تمثل مكمنًا مهمًا للمخاطر التي يمكن أن تواجه استثمارات المصارف الإسلامية ، وذلك مرده أيضًا للطبيعة الخاصة ، والمميزة لهذه الاستثمارات ، فهذه الاستثمارات تستمد أسسها ، وضوابطها من أحكام فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية ، وبالتالي فإن أساليبها ، وإطارها القانوني المنظم لها ، يختلف كثيرًا عن طبيعة النظام التشريعي السائد في كثير من المجتمعات ، والذي يعتمد على القوانين ، والتشريعات الوضعية ، حيث يمثل النظام الربوي دعامة أساسية في نظم هذه المجتمعات .

ولذلك ، فإن إمكانية تعايش هذا النظام الاستثماري الجديد ، المختلف في هذا الواقع ، المغاير لطبيعته ، يعد أمرًا شاقًا ؛ ومن ثم يظل هذا الواقع مصدرًا آخر لإفراز كثير من المعوقات ، والمخاطر التي تصيب هذا النظام .

وهكذا يتضح أن هناك العديد من المخاطر التي يمكن أن تواجهها استثمارات المصارف الإسلامية ، والتي ترجع إلى طبيعتها الخاصة ، والمميزة .

ولذلك ، إذا أريد أن يكون لهذه الاستثمارات حظ في النجاح ، فإنه من الضروري البحث عن وسائل للسيطرة على هذه المخاطر ، وهذا هو موضوع الفرع التالي .

الفرع الثاني : بعض الأساليب المقترحة ، لتحقيق الضمان لاستثمارات المصارف الإسلامية :

في ضوء العرض السابق ، يرى الباحث أن تحقيق الضمان لاستثمارات المصارف الإسلامية – وفق طبيعتها الخاصة ، والمميزة – يجب أن يعتمد على اتجاهين أساسيين معًا :

الاتجاه الأول (وسائل بيئية) : وذلك من خلال الاعتماد على بعض الأساليب والوسائل التي تؤدي إلى تطوير ، وتغيير خصائص هذا الواقع ، والتي تعمل على رفع مستوى المخاطر ، التي تتعرض لها هذه الاستثمارات .

أما الاتجاه الثاني (وسائل مصرفية) : وذلك من خلال الاعتماد على بعض الوسائل ، والأساليب التي تمكن المصارف الإسلامية من تطبيق هذه الاستثمارات بنجاح ، وفق الإطار النظري الصحيح له ، في ضوء متغيرات الواقع الحالي .

بالنسبة للاتجاه الأول (الوسائل البيئية) (١) : ويمكن أن يتحقق هذا الاتجاه من خلال الاعتماد على بعض الأساليب ، التي يمكن أن تقوم المصارف الإسلامية بتحقيق بعضها ، كما أن البعض الآخر يخرج عن سيطرة هذه المصارف ، وتتحمل الدولة مسؤولية القيام به ، حتى يمكن تحقيق عناصر الضمان الملائمة لاستثمارات المصارف الإسلامية .

وأول هذه الأساليب يتمثل في : قيام المصارف الإسلامية بدورها في توفير ، وخلق العميل المستثمر ، الملائم ، وفق طبيعة نشاطها الاستثماري ، وأساليبه المميزة ، وذلك من خلال العمل على اتباع الأساليب العلمية ، لتسويق خدماتها وفق أساليبها الجديدة ، وذلك بالعمل على نشر الوعي المصرفي الإسلامي ، والعمل على زيادة الوازع الديني ، وبث الالتزام بالتعاليم الإسلامية بين متعامليها .

---

(١) انظر : محمد عبد المنعم أبو زيد : عقد المضاربة في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المصرفية الإسلامية المعاصرة ، مرجع سابق .

وقد يظن البعض أن هذا الاتجاه (دعوي) ، وهو ليس من اختصاص المصارف الإسلامية ، وأنه قد يفتح عليها أبوابًا ، هي في غنى عنها ، في ظل الظروف الحالية لكثير من الدول الإسلامية خاصة ، غير أن الباحث يرى أن تغيير الواقع ، والبيئة التي تعمل فيها هذه المصارف ، يعد شرطًا ضروريًا لنجاحها ، واستمرارها ، وفق الإطار النظري الصحيح ، وأنه لا يمكن إعفاء هذه المصارف من القيام بدورها في هذا الشأن ، وخاصة فيما يتعلق بخلق ، وتوفير العميل المستثمر ، بالخصائص التي تلائم طبيعة نشاطها الاستثماري ، كما أن الباحث يعتقد بأنه لا يمكن أن يكتب لهذه المصارف النجاح ، إذا هي اعتمدت على الأساليب التقليدية فقط ، في حين يحكم عملها منهج ذو طبيعة مختلفة .

وثاني هذه الأساليب : وهو يقع على عاتق الدولة القيام به من أجل المساهمة في توفير العميل المستثمر ، الملائم لطبيعة استثمارات هذه المصارف ، وذلك بأن تعمل من خلال ما تسيطر عليه من أجهزة ، ووسائل إعلامية ، وتعليمية ، على نشر المفاهيم الاقتصادية ، والمصرفية الإسلامية ، وتقوية الوازع الديني لدى الأفراد ، والحث على التمسك بالقيم ، والسلوك الإسلامي في المعاملات .

وقد يعترض البعض على هذا الأسلوب - أيضًا - ويعتبره أسلوبًا غير علمي لمواجهة هذه المشكلة ، ولكن الباحث يعتقد تمام الاعتقاد ، بأن هذا الأسلوب ضروري ، ومهم ، ويمكن أن يساهم في خلق العميل المستثمر ، الملائم لطبيعة المصارف الإسلامية ، وطالما أننا نعتمد على هذه الأجهزة ، وتلك الوسائل من خلال الأساليب العلمية الحديثة ، لتحقيق أغراض سياسية ، أو اجتماعية مختلفة ، بعضها غير مشروع ، فَلِمَ لا نعتمد عليها ، لنشر القيم ، والمفاهيم ، والسلوكيات الفاضلة ، التي يمكن أن تحقق الاستقرار للمعاملات ، وتعود بالنفع على المجتمع ؟

وثالث هذه الأساليب المقترحة : يقع - أيضًا - على عاتق الدولة ، ويتمثل في قيامها بتطبيق التشريعات ، والقوانين الملائمة لطبيعة المعاملات الإسلامية عامة ، ومعاملات المصارف الإسلامية ، ونشاطها الاستثماري خاصة ، حتى يتحقق لاستثمارات المصارف الإسلامية ، البيئة القانونية ، الملائمة لقيامها ، ونجاحها .

وبهذا يمكن أن تقوم الدولة بدورها في معالجة القصور الحادث في البيئات ،

والمجتمعات الإسلامية ، سواء على المستوى العلمي ، والفكري ، أو على المستوى العملي ، والتشريعي ، الناتج عن الابتعاد عن اتباع المنهج الإسلامي للمعاملات ، واعتمادها على المنهج العلماني ، القائم على الأساليب الوضعية فكريًا ، وعمليًا .

أما بالنسبة للاتجاه الثاني (الوسائل المصرفية) (١) الذي يجب اعتماد المصارف الإسلامية عليه لتحقيق الضمان لنجاح استثماراتها ، فإنه يتضمن عددًا من الأساليب .

وأول هذه الأساليب المقترحة : قيام المصارف الإسلامية بالعمل على توفير إدارة جيدة ، للاستعلام عن العملاء ، على درجة عالية من الكفاءة ، والتنظيم ، وأن تعتمد على أحدث الأساليب ، والوسائل العلمية ، التي تمكنها من تحقيق غايتها بأكبر درجة من الكفاءة .

فقد توصلت بعض الدراسات (٢) إلى أن إدارة الاستعلام ، المتوفرة في كثير من المصارف الإسلامية ، ليست على درجة من الكفاءة ، والتنظيم ، الملائمة لأهميتها ، ودورها في العمل المصرفي الإسلامي ؛ حيث يُنظر إليها في كثير من هذه المصارف ، على أنها إدارة غير فنية ، ولذلك يعتبرونها إدارة مهملة ، ولا يحظى العاملون بها بأية ميزات ، بعكس الحال بالنسبة لبعض الإدارات الأخرى ، التي تصنف على أنها فنية .

وثاني هذه الوسائل : التي تساهم في ضمان نجاح استثمارات المصارف الإسلامية ، العمل على توفير الكوادر البشرية الملائمة لطبيعة هذا النشاط الجديد ، بحيث تمتلك القدرة على التعامل مع متغيرات هذا النشاط ، بدرجة عالية من الكفاءة ؛ فقد أثبتت تجارب كثير من المصارف الإسلامية خلال الفترة الماضية ، أن اعتماد كثير من هذه المصارف على العمالة الوافدة من البنوك التقليدية بدرجة أساسية ، مثل معوقًا رئيسيًا أمام إمكانية قيام هذه المصارف بتطبيق منهجها الاستثماري الجديد .

ولذلك ، يجب على هذه المصارف اختيار العاملين الجدد بها بدقة ، وتدريب العاملين القدامى وفق أحدث الأساليب ، لكي نهيئ لهم القدرة على امتلاك المهارات ، والإمكانيات التي تمكنهم من تطبيق هذا النشاط الجديد ، وفق قواعده ، وأساليبه المميزة .

وثالث هذه الوسائل : العمل على توفير نظم العمل الجديدة ، التي تتلاءم مع طبيعة

---

(١) انظر : المرجع السابق .

(٢) انظر للباحث : النشاط الاستثماري للمصارف الإسلامية ومعوقاته ، مرجع سابق ، (ص ٢١٢) .

العمل المصرفي الإسلامي - عامة - ونشاطه الاستثماري - خاصة - كنشاط جديد له طبيعته الخاصة ، والمختلفة عن طبيعة ونظام العمل بالبنوك التقليدية .

فالمنهج الفكري - الذي يحكم العمل المصرفي الإسلامي عامة ، والاستثمار الإسلامي خاصة - يختلف تمام الاختلاف عن المناهج التي تحكم العمل البنكي التقليدي ، وعمليات الاستثمار التقليدي ، سواء من حيث الأساس الفكري ، أو من حيث الأهداف ، والغايات ، أو من حيث الضوابط ، والأسس ؛ ومن ثم يجب أن تكون الوسائل ، والأساليب ، ونظم العمل المتبعة لتطبيقه ، متلائمة مع هذه الطبيعة الخاصة ، والمميزة .

ولذلك من الضروري مثلًا - لضمان نجاح استثمارات المصارف الإسلامية - توافر الوسائل ، والأساليب العلمية الحديثة ، لاختيار العميل الملائم ، الذي تتوافر به الصفات الخاصة ، والضرورية ، لنجاح العمليات الاستثمارية ، نظرًا لما يمثله العميل الملائم من عنصر أساسي ، ومهم ، لضمان نجاح هذه الاستثمارات .

فبدون توافر الوسائل ، والأساليب العلمية التي تمكن من تحقيق ذلك ، وبدون توافر العناصر البشرية ، التي تمتلك القدرة على التعامل مع هذه الأساليب ، والقيام بعملية الاختيار بكفاءة عالية ، تصبح عملية اختيار العميل ، الملائم لطبيعة استثمارات المصارف الإسلامية ، عملية غير علمية ، إن أصابت مرة ، فإنها سوف تخطئ باقي المرات .

* * *

النتائج والتوصيات

أولًا : نتائج البحث :

توصل البحث إلى عدد من النتائج كان أهمها :

١ - استخدم الضمان في الفقه الإسلامي بمعنى الكفالة ، أي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالحق الذي قد يكون دينًا أو عينًا أو نفسًا ، وهذا عند جمهور الفقهاء ، على حين حاول الشافعية والحنابلة التفرقة بين الكفالة والضمان فحصروا الكفالة في ضمان النفس واستخدموا الضمان لما عدا النفس وهو ضمان المال .

٢ - قسم الفقهاء الضمان والذي يطلق عليه لفظ الكفالة إلى عدة أقسام :

- **الكفالة بالنفس** : وهي التي تكون الشخصية الإنسانية فيها محل الضمان ؛ حيث يلتزم الضامن (الكفيل) بإحضار المكفول إلى المكفول له .

- **الكفالة بالمال** : وهي التي يكون موضوعها الأموال ، وتشمل عند بعض الفقهاء كل أنواع الضمانات الأخرى غير الكفالة بالنفس ، وهي : كفالة الدين ، وكفالة العين ، والكفالة بالدرك .

٣ - تبين أن العلاقة بين المصرف الإسلامي وأصحاب الودائع الاستثمارية يحكمها عقد المضاربة حيث المودع فيها « رب المال » والمصرف هو « العامل » ومن ثم لا يجوز للمصرف الإسلامي أن يضمن للمودع وديعته أو أي قدر ثابت من الأرباح ، وإلَّا فسد عقد الإيداع القائم على أحكام عقد المضاربة .

٤ - سعت بعض المحاولات التي قامت لتطوير عقد المضاربة ليلائم عمل المصارف الإسلامية إلى توفير شكل من أشكال الضمان لأصحاب الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية على غرار ما هو متبع في البنوك التقليدية ، مع محاولة البحث عن غطاء شرعي لهذا الشكل من الضمان ، وكان الباعث الأساسي لهذا الاتجاه هو الرغبة

في أن تكون المصارف الإسلامية في مركز تنافسي قوي للبنوك التقليدية التي تضمن للمودع استرداد كامل وديعته وفوائدها في الوقت المحدد .

٥ - اتفقت المحاولات السابقة التي سعت لتوفير الضمان لأصحاب الودائع الاستثمارية في الاعتماد على وجود طرف ثالث يتبرع بالضمان وذلك على أساس أن العامل لا يضمن ، ولكن تبين أن موضوع الضمان ليس مرتبطًا فقط بمن يقدم الضمان ، ولكنه مرتبط في الأساس بمبدأ قضية الضمان بمعنى أن الأمر ليس محصورًا في عدم جواز العامل لرأس مال المضاربة (إلَّا في حالة التعدي والتصير) ، وإنما مرتبط بالشق الأول أيضًا من الحكم الفقهي والقائل بأن الضمان على رب المال من رأس ماله وليس على العامل من ضمان إلَّا في حالة التعدي أو التقصير ، فأصل الحكم ألَّا يكون رأس المال مضمونًا لصاحبه في حالة تقديمه للعمل به مضاربة بمعنى أن رأس المال يجب أن يعتمد في عملية المضاربة على عنصر المخاطرة ، أي احتمالات الربح والخسارة ، وأن يكون موقف رب المال (المودع هنا) من ماله قائمًا على هذا الأساس .

٦ - أما من ناحية نشاط التوظيف ؛ فقد تبين أن اختلاف طبيعة نشاط التوظيف في المصارف الإسلامية عن نشاط الإقراض في البنوك التقليدية أدت إلى اختلاف نوعية الضمان الذي يجب توافره لاستثمارات المصارف الإسلامية عن الضمانات التقليدية التي يتم الاعتماد عليها عادة في البنوك التقليدية ؛ وذلك نظرًا لاختلاف نوعية المخاطر التي تتعرض لها هذه الاستثمارات عن المخاطر التي تتعرض لها عملية الإقراض بنظام الفائدة فقد تبين أن هذه المخاطر لا ترجع فقط لاحتمالات عدم التزام العميل بالسداد ، وإنما ترتبط بنوعية العملية الاستثمارية وما يتوفر لها من احتمالات للنجاح ، وأيضًا بطبيعة وظروف البيئة الاستثمارية والاقتصادية ، وبنوعية العميل المستثمر ومدى توافر الكفاءة الأخلاقية والعملية لديه ، وكذلك بمدى توافر الإمكانيات والأساليب الملائمة لدى المصرف لدراسة واختيار العمليات الناجحة والعميل الملائم ، وبالإضافة إلى نوعية أسلوب الاستثمار المستخدم لتنفيذ العملية .

٧ - تبين أن الضمانات الملائمة لمواجهة مخاطر استثمارات المصارف الإسلامية يجب أن تتركز حول نوعين من الضمانات :

أولًا : ضمانات أساسية وتتمثل في :

- توافر الكفاءة الأخلاقية والعملية في العميل .
- توافر القدرة والكفاءة على دراسة واختيار وتنفيذ العمليات الملائمة (والعميل الملائم) .

ثانيًا : ضمانات تكميلية وتتمثل في :

- الضمانات العينية والشخصية .
- الضمانات الفنية .

والمجموعة الأولى من الضمانات هي الأساسية ؛ لأنها هي التي لها القدرة على مواجهة مخاطر استثمارات المصارف الإسلامية ، إلَّا أنه ليس هناك ما يمنع من اعتماد هذه المصارف على بعض الضمانات التقليدية ، على أنه يراعى أن اللجوء لها يجب أن يكون بصورة ثانوية وأن يكون تطبيقها بصورة ملائمة بطبيعة الإطار الفكري الحاكم لنشاط الاستثمار في هذه المصارف .

٨ - كما تبين من دراسة طبيعة الخدمات المصرفية وبيان الحكم الشرعي لكل منها أنه لا يدخل تحت مفهوم الضمان من هذه الخدمات سوى خطابات الضمان فقط ، وإن كان هناك من يرى أن فتح الاعتمادات المستندية تعكس أيضًا صورة من صور الضمان .

٩ - أظهر البحث أن الأسباب التي أدت إلى خلق مشكلة الضمان بالنسبة للودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية كان أهمها :

- سيطرة العقلية الربوية على النسبة الغالبة من المودعين .
- عدم الاستعداد للمخاطرة لدى النسبة الغالبة منهم أيضًا .
- رغبة المودعين في توافر إمكانية السحب من ودائعهم في أي وقت .
- قصور دور المصارف في خلق وعي ادخاري إسلامي .

١٠ - كما تبين أن هناك العديد من الآثار التي ترتبت على مشكلة ضمانات الودائع الاستثمارية بالمصارف الإسلامية كان من أهمها :

- اضطرت هذه المشكلة المصارف الإسلامية إلى صياغة أنظمة الودائع لديها بصورة تكاد تكون قريبة مما هي عليه في البنوك التقليدية ، لكي تلبي للمودعين رغباتهم وتحقق

لهم نفس المميزات .

– كان من نتيجة ذلك أن فقدت المصارف الإسلامية أهم ميزتين يجب أن تميزا مواردها المالية – وخاصة الودائع الاستثمارية – وهما الاستعداد للمخاطرة ، والأجل الطويل .

– امتد هذا الأثر بصورة غير مباشرة إلى النشاط الاستثماري ؛ حيث أصبح مضطرًا لتركيز عملياته على الاستثمارات قصيرة الأجل ؛ حيث أصبحت غالبية هذه الاستثمارات قصيرة الأجل .

– وكذلك التركيز على العمليات الاستثمارية التي تتميز بارتفاع عامل الضمان ، وكذلك الأساليب الاستثمارية التي تلبي هذا المطلب وخاصة أسلوب المرابحة .

١١ – كذلك أظهر البحث أيضًا عدم توافر الضمانات الأساسية الملائمة للسيطرة على مخاطر استثمارات المصارف الإسلامية والتي أهمها :

– توافر المتعاملين – من المستثمرين – الملائمين .

– توافر جهاز استثماري ملائم لطبيعة هذه الاستثمارات وعلى مستوى كفء .

١٢ – كما أظهر البحث أيضًا أن عدم توافر الضمانات الأساسية الملائمة لمواجهة مخاطر هذه الاستثمارات قد أدى إلى العديد من الآثار السلبية التي انعكست على هذه الاستثمارات ومسيرة المصارف الإسلامية بصفة عامة ، وكان من أهم هذه الآثار :

– اعتماد هذه المصارف – والنشاط الاستثماري لها – على الضمانات التقليدية بصورة أساسية على الرغم من عدم ملاءمتها – بصورة أساسية – لمواجهة مخاطر هذه الاستثمارات .

– تفضيل الأساليب الاستثمارية التي تستطيع الضمانات التقليدية مواجهة مخاطرها مثل أسلوب المرابحة ، والابتعاد عن الأساليب التي تتطلب الاعتماد على الضمانات الأساسية مثل المشاركة والمضاربة ، على الرغم من أن الأساليب الأخيرة أكثر ملاءمة لطبيعة هذه المصارف .

– تحول المصارف الإسلامية من تمويل غير القادرين إلى تمويل أرباب الأموال الذين يمتلكون القدرة على تقديم مثل هذه الضمانات ، على الرغم من أن الدور الاجتماعي

لهذه المصارف يلزمها بالتركيز على غير القادرين فيما تقدمه من تمويل .

– عدم قدرة المصارف الإسلامية على تمويل المجالات والآجال التي تخدم غرض التنمية .

ثانيًا : التوصيات :

وفي النهاية يتقدم البحث ببعض التوصيات إلى المصارف الإسلامية والتي يمكن أن تساعد على توفير الضمان الملائم لأنشطة هذه المصارف :

١ – على المصارف الإسلامية الاهتمام بنشر الوعي الادخاري الإسلامي ، حتى تساهم في توفير المودع ذو العقلية الادخارية والإسلامية الملائمة لطبيعة هذه المصارف . وبذلك يمكنها معالجة أحد الأسباب التي ولدت مشكلة ضمان الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية .

٢ – ينبغي أن تعمل هذه المصارف على استحداث وابتكار أدوات وأساليب جديدة لجذب الودائع الاستثمارية يمكنها أن تخدم هدف التوظيف متوسط وطويل الأجل ، وتلبي في نفس الوقت بعض طلبات المودعين في إطار الضوابط الشرعية المحددة لنشاط هذه المصارف .

* * *

المراجع

١ - أحكام الضمان في الفقه والقانون : بنك التضامن الإسلامي السوداني ، إدارة الفتوى والبحوث ، (١٩٨٥م) .

٢ - د. محمد الشحات الجندي : الكفالة والحوالة في الفقه الإسلامي ، مركز الاقتصاد الإسلامي بالمصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية بالقاهرة ، (١٩٨٦م) .

٣ - د. أنور دبور : الضمان في الفقه الإسلامي ، بحث مقدم إلى برنامج الضمانات في المعاملات الإسلامية ، مركز الاقتصاد الإسلامي بالمصرف الإسلامي الدولي بالقاهرة ، (١٩٨٦م) .

٤ - د. علي جمعة : الضمانات في البنوك الإسلامية ، محاضرة ألقيت في برنامج الضمانات في المعاملات الإسلامية ، مركز الاقتصاد الإسلامي ، بالمصرف الإسلامي الدولي بالقاهرة (١٩٨٦م) .

٥ - محمد باقر الصدر : البنك اللّاربوي في الإسلام ، دار التعاون للمطبوعات - بيروت ، الطبعة الخامسة ، (١٩٧٧م) .

٦ - سامي محمود : تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ، مكتبة دار التراث ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، (١٩٩١م) .

٧ - د. مصطفى كمال طايل : البنوك الإسلامية المنهج والتطبيق ، (١٩٨٨م) .

٨ - د. عبد اللّه عبد الرحيم العبادي : موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة ، الطبعة الأولى ، (١٩٨٢م) .

٩ - د. حسن عبد اللّه الأمين : الودائع المصرفية واستثمارها في الإسلام ، دار الشروق ، جدة ، الطبعة الأولى ، (١٩٨٣م) .

١٠ - د. محمد أحمد سراج : النظام المصرفي الإسلامي ، دار الثقافة ، القاهرة ، (١٩٨٩م) .

١١ - جهاد عبد الله حسين أبو عويمر : الترشيد الشرعي للبنوك القائمة ، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ، بالقاهرة ، (١٩٨٦م) .

١٢ - محمد عبد المنعم أبو زيد : النشاط الاستثماري للمصارف الإسلامية ومعوقاته ، رسالة ماجستير غير منشورة بكلية التجارة جامعة الاسكندرية ، (١٩٩١م) .

١٣ - د. جمال عطية : البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم ، كتاب الأمة ، قطر ، (١٤٠٧هـ ، ١٩٨٧م) .

١٤ - د. عبد الرحمن الحلو : نحو بنك إسلامي أفضل ، دار الخطابي للنشر والتوزيع ، الدار البيضاء ، المغرب ، (١٩٩٠م) .

١٥ - محمد أحمد عبده : أساليب السيطرة على مخاطر الإقراض والتمويل بالمشاركة في البنوك الإسلامية ، رسالة ماجستير كلية التجارة جامعة عين شمس ، (١٩٨٧م) .

16 - Ausaf Ahmed : " Development and Problems of Islamic Banks ", Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank, Jaddah - Saudi Arabia, 1407AH - 1987AD .

* * *

خِطَابُ الضَّمَانِ فِي البُنُوكِ الإِسْلَامِيَّةِ

تَألِيفُ
حَمْدِي عَبْدُ العَظِيمِ

مُقَدِّمَة

تواجه البنوك الإسلامية – منذ بدء نشاطها – العديد من التحديات التي تفرضها الظروف ، والمناخ الاقتصادي – المحلي والعالمي – وسيطرة البنوك التقليدية على كافة الأنشطة المالية ، والمصرفية في مختلف الدول الإسلامية .

وقد حرصت البنوك الإسلامية على مسايرة التطورات المالية ، والمصرفية ، وتطورات حجم النشاط الاقتصادي ، حتى لا تتخلف عن العصر ، وحتى تستطيع أن توجد لنفسها مكانًا بين البنوك التقليدية الراسخة ، ومن أجل ذلك ، اجتهدت البنوك الإسلامية في البحث عن تطبيق الصيغ الإسلامية البديلة للصيغ التقليدية ، بحيث تتمكن من التخلص من أي شائبة تشوب معاملاتها ، وتبعدها عن المشروعية – من وجهة النظر الإسلامية – وفي نفس الوقت تحقق الأهداف الاقتصادية للاقتصاد القومي ، سواء للمودعين ، أو للمستثمرين ، أو للشركات العاملة في مجالات التجارة الخارجية ، وتلك التي تستثمر أموالها في بقية أوجه النشاط الاقتصادي .

ولما كانت المعاملات المالية ، والمصرفية – وما يرتبط بها من معاملات تجارية أو اقتصادية – تتطلب توفير قدر من الثقة بين المتعاملين ، والإسراع بتنفيذ المعاملات ، وضمان تتابعها بشكل منتظم ، وتحقيق الأمان لكل من المصارف والعملاء ، فقد حرصت البنوك الإسلامية على البحث عن صيغة مشروعة لخطابات الضمان ، التي يحتاج إليها العملاء لبعض الجهات المحلية ، أو الأجنبية ، من أجل تيسير أداء الأعمال ، ودعم الثقة ، والطمأنينة ، والاستقرار في مجالات المعاملات التجارية ، والاستثمارية بشكل عام .

وفي هذا البحث نتناول دراسة الجوانب القانونية ، والفقهية لخطابات الضمان ، وبيان أحكام تقاضي الأجر على الضمان ، في رأي الفقهاء المعاصرين ، والعلة عند الفقهاء الذين لا يوافقون على أخذ الأجر على الكفالة .

ونتناول كذلك كيفية تعامل المصارف الإسلامية مع عملاء خطاب الضمان ، من حيث طلب الجهة المستفيدة مصادرة خطاب الضمان ، وطلب الرجوع على العميل الذي طلب خطاب الضمان ، والأعباء المالية المترتبة على هذه الطلبات ، بالنسبة للعميل ، ولا يخفى أن هناك العديد من الآثار التي تترتب على عقد خطاب الضمان في البنك الإسلامي ، وهو ما يدعو إلى تناولها من المنظور الإسلامي أيضًا .

ولعل من النقاط الأخرى الجديرة بالبحث والدراسة : حكم تغطية خطاب الضمان ، وحكم سريان أحكام خطاب الضمان على كل من : الأشخاص الطبيعية ، والأشخاص الاعتبارية ، وكذلك بحث موضوع العمولة التي يتقاضاها البنك مقابل إصدار خطاب الضمان ، والفرق بين عمولة خطاب الضمان ، وعمولة الكفالة وسوف نحاول في ختام البحث التوصل إلى صيغة لخطاب الضمان ، تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء .

وفي ضوء ما سبق ، فإن منهج البحث في هذا الموضوع يكون على النحو التالي :

الهدف من البحث : يهدف البحث إلى بيان حقيقة خطاب الضمان من وجهة النظر القانونية ، ووجهة النظر الشرعية ، مع بيان الآثار المترتبة على عقد خطاب الضمان في المصرف الإسلامي ، كما يهدف البحث إلى التوصل إلى صيغة مناسبة لخطاب الضمان في البنوك الإسلامية ، تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء .

أهمية البحث : خطاب الضمان من أهم الأدوات المستخدمة لتوفير الثقة بين العملاء والمستثمرين ، وتساهم في توفير قدر من الاطمئنان والأمان يشجع على تدفق المعاملات التجارية المحلية والأجنبية ، وذلك بالإضافة إلى دفع معدلات الاستثمار المحلي ، والأجنبي ، وتحسين مناخ الاستثمار في المجتمعات المختلفة .

ولا شك أن الدول الإسلامية لا يمكنها أن تعيش بمعزل عن بقية دول العالم ، كما أنها لا تستطيع تجاهل أداة هامة من أدوات دفع وتنشيط حركة المعاملات ، والاستثمارات ، وهي خطابات الضمان ، الأمر الذي يدعو إلى البحث عن صيغة إسلامية مناسبة لهذه الخطابات لتحقيق مزايا هامة لكل من البنوك الإسلامية ، والعملاء في آن واحد .

مشكلة البحث : درجت البنوك التقليدية على إصدار خطابات الضمان لتنشيط

المعاملات التجارية ، وتحقيق الثقة بين المتعاملين ، وزيادة دورها في التنمية الاقتصادية ، والاجتماعية ، وذلك مقابل فوائد ربوية محددة ، ودون النظر إلى مشروعية المعاملات أو الأنشطة ، التي يزاولها طالب خطاب الضمان .

ونظرًا للأهمية الواضحة لخطابات الضمان ، فإن البنوك الإسلامية لا تستطيع تجاهلها ، أو منع التعامل فيها ، وفي نفس الوقت لا تستطيع هذه البنوك إصدار هذه الخطابات دون التأكد ، والاطمئنان تمامًا إلى مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ، من كافة الجوانب ، ومن هنا ، فإن مشكلة هذا البحث تتمثل في كيفية التوفيق بين كافة هذه الاعتبارات ، للحصول على المزايا المرتبطة بتطبيق أسلوب خطاب الضمان في البنوك الإسلامية ، دون وجود أي شبهة تعارض لأحكام الشريعة الإسلامية .

فروض البحث : تتمثل فروض هذا البحث فيما يلي :

١ - خطابات الضمان ضرورية لتنشيط حركة المعاملات ، والاستثمار المحلي والأجنبي ، ولا تستطيع البنوك الإسلامية تجاهلها ، أو منع التعامل فيها .

٢ - تختلف خطابات الضمان من الناحية القانونية ، عنها من الناحية الفقهية .

٣ - يمكن تطبيق خطابات الضمان في البنوك الإسلامية ، بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء .

تبويب البحث : ينقسم البحث إلى ما يلي :

مفاهيم عامة : وتشمل تعريف خطاب الضمان ، وأهميته ، وأقسامه ، وخطابات الضمان من حيث الشكل ، ومن حيث الموضوع ، وتغطية خطابات الضمان .

تعامل المصارف مع عملاء خطاب الضمان : وذلك من حيث أخذ الأجر على إصدار الخطابات ، ومن حيث طلب الجهة المستفيدة مصادرة خطاب الضمان ، ومن حيث الرجوع على العميل طالب خطاب الضمان .

خطاب الضمان من وجهة النظر القانونية : ونتناول فيه :

- التكييف القانوني لخطاب الضمان .
- تحديد المسؤولية المتعلقة بالأطراف المتعاقدة .
- أخذ الأجر على الكفالة في القانون الوضعي .

خطاب الضمان من وجهة النظر الشرعية : ونتناول فيه :

- خطاب الضمان عقد كفالة بالمال .
- تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي .
- أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي .
- أخذ الأجر على خطاب الضمان ، لدى الفقهاء المحدَثين .

الآثار المترتبة على عقد خطاب الضمان في البنك الإسلامي :

- ضمان العهدة .
- ضمان الدرك .
- ضمان كل الحقوق المالية .
- ضمان كل من وجب عليه حق .
- سريان أحكام الضمان على الأشخاص الاعتبارية .

نموذج لخطاب الضمان ، يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية .

الخلاصة ، والنتائج ، والتوصيات .

* * *

الفَصْلُ الأوَّلُ : مفاهيم عامة

أ - تعريف خطاب الضمان :

خطاب الضمان هو تعهد صريح من أحد البنوك ، بأنه يقبل دفع مبلغ معين إلى المستفيد ، الذي يصدر الخطاب لصالحه ، وذلك بناءً على طلب العميل طالب الضمان في حالة عدم قدرته على الوفاء بالتزاماته تجاه المستفيد ، خلال فترة زمنية محددة ، عادة ما يتم تحديدها في الخطاب ، ويحصل البنك مقابل إصدار خطاب الضمان على عمولة في شكل نسبة مئوية من قيمة خطاب الضمان ، أو من رصيد العميل (طالب خطاب الضمان) (١) .

وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الخطابات التي لا يذكر فيها تاريخ صلاحية للخطاب ، مثال ذلك : النص على سريان خطاب الضمان حتى ينتهي تنفيذ العقد . هذه الحالة لا يحدد تاريخ لانتهاء الضمان المقابل ، في حالة وجوده ، أما إذا كان تاريخ انتهاء الصلاحية معلومًا ، فإن المراسل يحدد تاريخ انتهاء الضمان المقابل ، مع فترة سماح مناسبة لوصول المطالبات ، وفي حالة طلب العميل ، أو المستفيد من البنك مد صلاحية خطاب الضمان ، يجب أن يتضمن الخطاب نصًّا صريحًا ، يصرح بموجبه العميل للبنك بمد صلاحية خطاب الضمان ، دون الرجوع إليه ، إلا أن الواقع العملي يوضح أن البنوك - رغم ذلك - عادة ما ترجع إلى عملائها قبل مد صلاحية خطاب الضمان ، خاصة عندما يغفل المستفيد تحديد فترة زمنية معينة لصلاحية خطاب

---

(١) د. طلعت أسعد عبد الحميد ، أساسيات إدارة البنوك ، مكتبة عين شمس - القاهرة ، (١٩٨٧م) ، (ص ١٥٧) .

الضمان ، لكي يحددها العميل بنفسه .

وفي حالة وجود العميل في الخارج - مثل أن يكون العميل أحد البنوك الموجودة في الخارج - يقوم البنك المحلي بإبلاغه بطلب الامتداد ، فإذا وافق عليه ، يرسل البنك الخطاب إلى المستفيد ، أما إذا رفض البنك ، فتحدث مفاوضات ، واتصالات بين البنك ، والطرفين (البنك العميل في الخارج ، والمستفيد) حتى يحسم الأمر ، إما بمد الصلاحية ، أو بالإلغاء ، وفي كافة الحالات ، يعتبر الموعد المحدد لسريان خطاب الضمان حدًّا أقصى لانتهاء التزام البنك ، بدفع قيمة الضمان المحددة في خطاب الضمان ، إذا لم يوف العميل بالتزاماته للمستفيد ، وأية مطالبات تصل إلى البنك - الذي أصدر خطاب الضمان - بعد التاريخ المحدد لانتهاء فترة الصلاحية ، لا يلتزم بها البنك ، حتى ولو كانت صادرة قبل انتهاء التاريخ المذكور (١) .

وتجدر ملاحظة أنه : رغم أن خطاب الضمان يصدره البنك لصالح المستفيد الذي هو دائن للعميل ، فإن البنك لا يضمن التنفيذ بالنسبة للعمليات التي يتعهد العميل بتنفيذها للمستفيد ، كما أن البنك لا يتعهد بسداد كافة مديونية العميل للمستفيد ، بل تنحصر مسؤوليته في حدود المبلغ المذكور في خطاب الضمان فقط ، خلال الفترة الزمنية المحددة ، وبذلك نجد أن خطاب الضمان ، ليس مثل الكفالة العادية التي هي عقد ، بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام ، إذا لم يف به المدين نفسه ، وفي حالة خطاب الضمان لا توجد هذه الكفالة ، سواء في تنفيذ الأعمال ، أو سداد المديونية ، بل تنحصر في سداد مبلغ خطاب الضمان وحسب (٢) .

ب - أهمية خطاب الضمان :

تتمثل أهمية خطاب الضمان في أنها تعمل على توفير الثقة بين المتعاملين في أسواق السلع والخدمات ، سواء على المستوى المحلي أو على المستوى العالمي ، كما أنها تساعد على حسن انتظام الأعمال ، وتفادي أية أعطال ، أو معوقات ترتبط بتأخير العمل ، وهو

---

(١) د . إبراهيم مختار ، التمويل المصرفي منهاج لاتخاذ القرارات ، مكتبة الأنجلو المصرية - القاهرة - (١٩٨٤م) ، (ص ١٦٨ ، ١٦٩) .

(٢) د. علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، منشأة المعارف - الإسكندرية - بدون تاريخ ، (ص ٢٩٣) .

ما يؤدي بدوره إلى تدفق الأموال لأغراض الاستثمار ، في العديد من مجالات النشاط الاقتصادي ، فضلًا عن تدفق مستلزمات الإنتاج ، والمواد الخام ، أو الوسيطة ، بما يضمن انتظام دورة التشغيل في المصانع ، وفي الاقتصاد القومي بصفة عامة .

ويلاحظ أنه في بعض الحالات ، تشترط بعض الجهات ، أو المشروعات الحصول على خطاب ضمان لأداء الأعمال ، بدلًا من الحصول على مقدم نقدي ، أو تأمين نقدي ، وفي مثل هذه الحالات يصلح الخطاب ليكون بديلًا عن النقود ، حيث يمكن للمستفيد من خطاب الضمان الحصول على مستحقاته من البنك إذا لم يوف العميل بالتزاماته للمستفيد ، وذلك في حدود المبلغ المذكور في خطاب الضمان .

وفي بعض الحالات نجد أن رجال الأعمال ، يلجؤون إلى أحد البنوك لإصدار خطاب ضمان ، يقدم إلى مصلحة الضرائب ، كأحد المستندات المطلوبة لموافقة المصلحة على تقسيط قيمة الضرائب المستحقة على العميل أو المستثمر ، في هذه الحالة يعتبر البنك كفيلًا لهذا العميل أمام مصلحة الضرائب ، ويلتزم بالسداد إذا لم يقم العميل بالسداد .

وفي حالات أخرى نجد أن العميل الأجنبي الذي يستعد لمغادرة البلاد ، ولكنه مدين لمصلحة الضرائب ، يمكنه تقديم خطاب ضمان إلى المصلحة بقيمة الضرائب المستحقة عليه وهو ما يؤدي إلى تسهيل الإجراءات الإدراية ، وتحسين المناخ الاستثماري ، وفي نفس الوقت حماية حقوق الخزانة العامة [1] .

ولا يخفى أن حصول المستفيد على مستحقاته المالية - في حالة عدم وفاء العميل له بالمبالغ المستحقة عليه - يؤدي إلى منع الضرر ، أو الخسائر التي يمكن أن تلحق بالمتعاملين ، وهو ما يؤدي إلى اطمئنان هؤلاء المتعاملين على حقوقهم المالية ، ومن ثم استقرار أوضاع النشاط الاقتصادي ، وتنمية حركة التجارة الداخلية والخارجية ، وذلك مع ملاحظة أن البنك الضامن لن يتحمل أية خسارة ، طالما أن لديه ضمانات على العميل ، وطالما أن كافة البنوك - الآن - أصبح لديها أجهزة للدراسات الاقتصادية للجدوى ، وأجهزة للتنبؤ ، وللمساعدة في اتخاذ القرارات الائتمانية ، مما يؤدي إلى انخفاض احتمالات الخطر ، بالنسبة لأموال البنوك ، إلى أدنى الحدود .

ويرى البعض أن خطاب الضمان ، يساهم في تحقيق التكافل بين أفراد المجتمع ،

(١) المرجع السابق (ص ٢٩٤) .

عندما يقدم خطاب الضمان عن رضا ، وطيب نفس ، دون انتظار مقابل .

وفي حالة الرجوع على العميل ، ومطالبته بالسداد ، فيكون العقد معاوضة ، ومن ثم ، فإن ضمان البنك للمستفيد جائز دون رضا العميل ، طالما أنه يجوز للبنك السداد ، أو قضاء الدين دون موافقة العميل [١] ، ويلاحظ أن البنك لا يلجأ إلى مثل هذه التصرفات دون طلب أو موافقة العميل ، إلا إذا كانت دراسات البنك توصي باتباع ذلك من أجل إنقاذ العميل ، وعدم تعرضه للإفلاس على نحو يؤدي إلى حماية أموال البنك لدى العميل التي تكون في ذمته من قبل ، وذلك كإجراء مصرفي لتعويم العميل ، ومساعدته على سداد التزاماته لدى الغير ، ولدى البنك في نفس الوقت .

ويجدر الإشارة إلى أن هناك بعض خطابات الضمان التي يقدمها العميل للمستفيد ، مقابل مبلغ التعويض ، أو الشرط الجزائي الذي يتضمن عقوبة ، أو غرامة مالية لصالح المستفيد ، وفي هذه الحالة يؤدي خطاب الضمان إلى زيادة درجة الثقة والاطمئنان من حسن تنفيذ الأعمال ، أو عدم الإخلال بالالتزامات المتعاقد عليها بين المستفيد ، والعميل ، حيث يرتبط التزام البنك بالتزام العميل المدين للمستفيد .

ويمكن لخطابات الضمان – من ناحية أخرى – أن تعمل على دعم الثقة في الأوراق التجارية (مثل الكمبيالات) المسحوبة على أحد البنوك ، حيث يوقع البنك على الورقة بقبولها ، كما يمكن للبنك أن يوقع بكفالته عليها ، كضمان احتياطي لالتزام المسحوب عليه [٢] ، وفي كافة هذه الحالات تزيد درجة الثقة والاطمئنان والاستقرار في المعاملات ، والأسواق المالية ، وهكذا نجد أن خطابات الضمان تعتبر وسيلة هامة لدفع عملية التنمية الاقتصادية ، وتحقيق الاستقرار الاقتصادي في نفس الوقت .

ج - أقسام خطابات الضمان .

تنقسم خطابات الضمان إلى عدة أقسام هي :

– خطابات الضمان الابتدائية .

---

(١) د. محمد الشحات الجندي ، فقه التعامل المالي والمصرفي الحديث ، دار النهضة العربية – القاهرة ، (١٩٨٩م) ، (ص ١٦٠ – ١٦٣) .

(٢) د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية – القاهرة (١٩٨١م) ، (ص ٤٩٦) .

- خطابات الضمان النهائية .
- خطابات ضمان الدفعة المقدمة .
- خطابات الضمان الملاحية .

ونوضح ما سبق كما يلي :

١ - خطابات الضمان الابتدائية :

ويقصد بهذه الخطابات ما تقدمه البنوك لعملائها من خطابات ، لتقديمها إلى المستفيد ، سواء كان جهة حكومية ، أو عامة ، أو خاصة ، وفيها تتعهد البنوك بدفع القيمة المحددة في الخطاب ، دون أية معارضة عند أول طلب من المستفيد .

وتتعلق هذه الخطابات - عادة - بالعطاءات التي تطلب أي جهة تقديمها ، لتنفيذ عمليات معينة ، مع دفع تأمين ابتدائي - لضمان جدية مقدم العطاء - يمثل نسبة مئوية من إجمالي قيمة العطاء .

ويمكن للبنوك الأجنبية خارج البلاد ، أن تصدر هذه الخطابات إلى عملائها ، عن طريق مراسليها داخل البلاد ، وذلك بناءً على طلب العميل من البنك الأجنبي ، إذا أراد التقدم بعطاء لتنفيذ عمليات ، أو توريد سلع ، أو بضائع ، أو غيرها خارج الدولة التي يقيم فيها .

٢ - خطابات الضمان النهائية :

في حالة إسناد عمليات معينة ، أو طلب توريدات من بعض السلع ، أو المواد الخام ، أو غيرها ، خلال فترة زمنية معينة ، قد تشترط الجهة - التي يتم أداء الأعمال ، أو التوريدات لها - أن يقدم المورد ، أو المقاول ، أو جهة التنفيذ خطاب ضمان يظل ساري المفعول حتى ينتهي الغرض منه ، وهو ضمان حسن ، وسلامة تنفيذ كافة الأعمال المسندة إلى مقدم الخطاب ، أو تمام التوريد دون أية مخالفات خلال فترة التنفيذ ، أو التوريد ، أو بعد إجراء كافة الاختبارات اللازمة ، للتحقق من سلامة التنفيذ ، أو التوريد ، أما إذا حدث إخلال بما تم الاتفاق عليه من جانب مقدم العطاء ، أو لم يلتزم المقاول ، أو المورد بالشروط ، والمواصفات ، والجودة المطلوبة ، فيمكن للمستفيد في هذه الحالة مصادرة خطاب الضمان ، ويعتبر ذلك بمثابة عقوبة ، أو جزاء يوقع على

مقدم خطاب الضمان ، كما يعتبر تعويضًا للمستفيد عن عدم التزام المورد ، أو المقاول ، أو المنفذ بما سبق أن التزم به من أعمال بدرجة جودة ، أو مهارة ، أو مواصفات معينة ، بشكل قاطع ، أما إذا كان التنفيذ ، أو التوريد مطابقًا لما سبق الاتفاق عليه ، فإن المورد ، أو المقاول ، أو مقدم العطاء ، يستطيع استرداد خطاب الضمان ، بعد الحصول على توقيع المستفيد ، بما يفيد سلامة التنفيذ .

٣ - خطابات ضمان الدفعة المقدمة :

عند إسناد عملية معينة ، أو طلب توريد بعض المواد الخام ، أو السلع من أحد المقاولين أو العملاء ، قد يطلب هذا العميل ، أو المقاول ، الحصول على دفعة مالية مقدمًا لمساعدته على تمويل الأعمال التي سوف يقوم بأدائها ... ولما كان ذلك ينطوي على بعض المخاطرة بالنسبة للمستفيد ، فإنه عادة ما يطلب من المقاول ، أو العميل أن يقدم خطاب ضمان من أحد البنوك ، بقيمة تساوي قيمة الدفعة المقدمة ، التي يطلب العميل الحصول عليها .

وفي حالة إصدار خطاب ضمان الدفعة المقدمة ، فإنه عادة ما يوضع نص ، يفيد بأن تستنزل قيمة الأعمال ، أو التوريدات التي تنفذ من قيمة الضمان .

٤ - خطابات الضمان الملاحية :

وتصدر هذه الخطابات لشركات الملاحة ، لتعويضها عن أية أضرار قد تلحق بها ، بسبب تسليمها البضائع الموضحة في خطاب الضمان عند أول طلب ، مع التعهد بتقديم بوليصة الشحن ، وعندما تصل هذه البوليصة إلى البنك ، فإنه يقوم بإرسالها إلى شركة الملاحة ، ويطالبها بأن تعيد إليه خطاب الضمان .

ولا يتضمن هذا النوع من خطابات الضمان قيمة ، أو مبلغًا معينًا ، كما لا يتم تحديد مدة معينة [١] ، وبذلك فإنه بمثابة إقرار بالتعويض ، يقدمه المرسل إليه البضائع إلى شركة الملاحة في حالة وصول البضائع ، رغم عدم وصول بوليصة الشحن ، ورغبة المرسل إليه في الحصول على البضائع ، أو تسلمها من الشركة الملاحية .

ويرى البعض أن خطاب الضمان الابتدائي ، يختص بضمان نسبة تكون عادة ٢٪

---

(١) د. إبراهيم مختار ، مرجع سابق (ص ١٦٧) .

من قيمة العملية التي يتنافس العميل مع غيره في الحصول عليها ، ويكون الخطاب صالحًا لمدة ثلاثة شهور فقط ، وفي حالة خطاب الضمان النهائي ، يكون التعهد بدفع نسبة مئوية تكون عادة ١٠٪ من قيمة العمليات التي أسندت إلى العميل ، وذلك لمواجهة ما قد يرتكبه من مخالفات ، أثناء عملية التنفيذ ، ويضيف إلى ما سبق ، الكفالات المصرفية ، باعتبارها تعهدات تصدرها البنوك لكفالة عملائها في سداد مبالغ تستحق عليهم لآخرين (١) .

د - خطابات الضمان من حيث الشكل ، ومن حيث الموضوع :

أولًا : من حيث الشكل : تعتبر خطابات الضمان من التعهدات التي يتعهد بها البنك المصدر للخطاب إلى مستفيد معين بدفع مبلغ محدد عند الطلب من جهة المستفيد .

وتستخدم خطابات الضمان كبديل عن الإيداع النقدي الذي تطلبه مختلف الجهات لضمان جدية العميل ، أو حسن أداء ، أو تنفيذ الأعمال ، خلال الفترة المتفق عليها بين العميل والمستفيد ، فضلًا عن استيفاء الحقوق ، أو سداد الالتزامات ، التي يلتزم بها العميل للمستفيد من الخطاب .

ويشترط في خطابات الضمان بصفة عامة ما يلي :

١ - الأصل ألا يكون الخطاب مشروطًا ، أو معلقًا على شرط ، أو أنه يكون غير مقيد بإرادة أي طرف ، طالما أن المستفيد يطالب بقيمة الخطاب ، ورغم ذلك تصدر - أحيانًا - خطابات ضمان مشروطة ، ولا تصرف قيمتها إلا عند تحققها .

٢ - يتضمن الخطاب اسم العميل ، واسم البنك المصدر ، واسم المستفيد من الخطاب ، سواء كان شخصًا طبيعيًا ، أو اعتباريًا ، وسواء أكان جهة عامة ، أو حكومية ، أو خاصة .

٣ - يحدد مبلغ الضمان في الخطاب ، وهو المبلغ الذي يتعهد البنك بالدفع في حدوده إلى المستفيد ، عند أول طلب دون أية معارضة .

٤ - يتم تحديد فترة زمنية لصلاحية خطاب الضمان ، وقد تكون هذه الفترة ، هي نهاية تنفيذ الأعمال المسندة إلى العميل ، أو نهاية ساعات عمل يوم محدد أيهما يحل قبل الآخر .

---

(١) د. طلعت أسعد عبد الحميد ، مرجع سابق (ص ١٥٧) .

٥ - ينص الخطاب - عادة - على عدم أحقية المستفيد في المطالبة بمبلغ خطاب الضمان بعد انتهاء الفترة المحددة في الخطاب ، وعلى انقضاء التزام البنك من تلقاء نفسه، ويصبح الضمان لاغيًا ، وغير ذي مفعول بعد انتهاء الفترة المحددة للضمان .

٦ - عادة ما يتضمن الخطاب ، أن يعيد المستفيد الخطاب إلى البنك بعد انتهاء صلاحيته ، لإلغائه من سجلات البنك .

٧ - أن يعزز الخطاب بتوقيعات المسؤولين في البنك ، وكذلك بالشفرة التي تمكن البنك من معرفة حقيقة صدور الضمان فعلًا في حالة خطاب الضمان المقدم ، كضمان للحصول على ائتمان من أحد المراسلين .

٨ - في حالة صدور خطاب الضمان لأحد المراسلين ، يجب التأكد من صدور الضمان المقابل من بنك من الدرجة الأولى ، وأن له علاقة طيبة بالبنك المحلي ، وأن سمعة البنك المراسل حسنة في السوق المصرفي .

ورغم أن القاعدة العامة هي عدم وجود شروط أو قيود في خطاب الضمان ، فإنه رغبة من البنوك في توخي الحيطة والحذر ، تقوم بوضع بعض الشروط أو القيود أو التحفظات ، لتقليل المخاطرة التي ترتبط بإصدار خطابات الضمان ، إذ يمكن للبنوك أن تشترط أن يكون الدفع - فقط - في حالة عدم التزام العميل بتنفيذ تعهداته إلى المستفيد ، أو إخفاق العميل في التنفيذ وفقًا للمواصفات المطلوبة أو المتفق عليها ، وفي هذه الحالة يجب على المستفيد - لكي يحصل على قيمة خطاب الضمان - أن يتولى إثبات تقصير العميل ، وهو أمر يكون - عادة - من الصعوبة بإمكان القطع فيه برأي نهائي ، دون اللجوء إلى القضاء المختص ، والاستعانة بالخبراء ، ولا يقوم البنك في هذه الحالة بدفع قيمة خطاب الضمان ، إلا بناء على حكم من المحكمة المختصة بنظر النزاع ، أي أن النص في خطاب الضمان ، على أن يكون الدفع في حالة عدم التزام العميل بتنفيذ تعهداته ، لا يعطي البنك الحق في الامتناع عن الدفع ، إلا بحكم المحكمة .

وفي ضوء ما سبق ، نجد أن خطابات الضمان تكون بمثابة التزامات عرضية على البنوك المصدرة لها ، قد تدفعها البنوك ، وقد لا تدفعها على الإطلاق ، أي أنه لا يشترط أن يترتب على إصدار هذه الخطابات خروج أموال سائلة من البنك إلى الغير ، بل يمكن

أن يحدث العكس ، ويرتبط بإصدار البنك للخطابات ، تدفق أموال مودعة لدى البنك لتغطية كل أو جزء من قيمة خطاب الضمان ، وهو ما قد يغري البنك على التوسع في إصدار خطابات الضمان ، مما يوجب الحذر لتقليل احتمالات الخطر ، عندما يضطر البنك إلى صرف عدة مبالغ لخطابات ضمان في توقيت واحد ، الأمر الذي يؤثر سلبيًا على معدل السيولة في البنك المصدر للخطابات ، وهو ما قد يضطر البنك إلى تكوين احتياطيات نقدية كافية لتسييل خطابات الضمان عند مصادرتها (١) .

ثانيًا : من حيث الموضوع : من حيث موضوع خطاب الضمان ، نجد أنه ينحصر في كونه تعهدًا بالدفع الفوري بالوكالة عن العميل ، وذلك لقيمة معينة خلال فترة زمنية محددة .

وقد يكون موضوع خطاب الضمان مجرد تعهد بالتعويض عن الأضرار دون تحديد قيمة أو مبلغ محدد ، وذلك في حالة خطابات الضمان الملاحية .

ويمكن أن يكون خطاب الضمان مجرد تأمين ، يتم مصادرته في حالة مخالفة العميل للتعليمات المحددة لمزاولة مهنة معينة ، مثل خطابات ضمان العمل بالسمسرة ، أو لمن يرغبون في قيد أسمائهم في سجلات البورصة .

ومن الممكن أن يكون موضوع خطاب الضمان مناقصة لعملية توريد أو مقاولة ، أو سداد قرض من القروض التي حصل عليها العميل من الخارج ، أو تعهدًا بدفع الرسوم الجمركية ، أو الضرائب المستحقة عن أحد العملاء ، وتكون قيمة الخطاب في هذه الحالة أعلى من قيمة الرسوم ، أو الضرائب التي عادة ما تخضع للتفاوض .

هـ - غطاء خطاب الضمان :

يقصد بغطاء خطاب الضمان تلك الضمانات التي يحصل عليها البنك الذي يصدر الخطاب من العميل الذي يطلب الخطاب ، وذلك عندما يتم الاتفاق بين الطرفين ، وذلك حتى يطمئن البنك إلى إمكانية حصوله على مستحقاته المالية لدى العميل ، إذا ما اضطر البنك إلى دفع قيمة الخطاب إلى المستند .

---

(١) د . محسن أحمد الخضيري ، الائتمان المصرفي ، مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة (١٩٨٧م) ، (ص ١٠٢) .

ويقوم العميل بإيداع مبلغ نقدي ، يساوي قيمة الضمان لدى البنك ، مقابل وفاء البنك بالتزاماته نحو المستفيد ، ويطلق على الغطاء في هذه الحالة : الغطاء الكامل .

وفي حالة إيداع العميل لجزء من قيمة الخطاب ، يسمى الغطاء في هذه الحالة بالغطاء الجزئي ، متى قبل البنك ذلك .

ويستطيع البنك إصدار خطاب الضمان ، بدون الحصول على أية إيداعات نقدية مقابل الإصدار ، وفي هذه الحالة يكون الخطاب بدون غطاء ، ويحدث ذلك في حالة وجود ثقة في العميل ، من جانب البنك الذي يطمئن إلى قوة المركز المالي للعميل ، وإلى سمعته الشخصية ، وملاءته ، وقدرته على السداد ، ووفقًا لطبيعة المعاملات المالية بين البنك والعميل .

وفيما يتعلق بالرأي الشرعي حول حكم التغطية في خطاب الضمان يرى الفقهاء أنها وكالة ، ولا ينطبق عليها حكم الكفالة ؛ لأن مبناها التبرع ولا تجوز الكفالة ممن لا يملك التبرع ؛ إذ إن الكفيل يجب أن يكون مؤهلًا للتبرع ، ومن ثم فإنه لا تصلح وكالة المجنون ، أو الصبي ، إلا في حالة قيام وليه بالاستدانة نيابة عنه ، وإصدار أوامره إليه بأن يكفل المال عنه ، فحينئذ تصح الوكالة ، ويكون الإذن أيضًا في الأداء وفي حالة البنوك ، فإنها ليست من أهل التبرع ، باعتبارها وسيطًا ماليًا ، يتعامل في أموال المودعين ، ونيابة عنهم ، ولا يمكنه التبرع بشيء منها ، فضلًا عن أن البنوك تعتبر مؤسسات مصرفية تستهدف تحقيق الأرباح ، ولا يمكنها التصدق من أموال الغير .

وفي ضوء ما سبق ، فإن البنوك عليها أن تحصل على كامل قيمة خطاب الضمان كغطاء له مقابل أداء قيمة الخطاب إلى المستفيد في حالة اضطرار البنك إلى ذلك بسبب عدم إبراء ذمة العميل تجاه المستفيد ، أو الإخلال بشروط التعاقد بينهما مثلًا؛ إذ إن البنك قد كفل العميل بناء على طلبه ، وما يؤديه البنك نيابة عن العميل ، يوجب له الرجوع عليه باعتبار القرض ، والكفالة بالأمر في حق المطلوب استقراض، ويوجب أيضًا طلب القرض من الكفيل الذي يعتبر في هذه الحالة مقرضًا من المطلوب ، ونائبًا عنه في الأداء إلى الطالب ، كما أن الكفالة في حق الطالب هي تمليك ما في ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال ، والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه [١].

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، (١١/٦) .

وتجدر الإشارة إلى أنه في بعض الحالات تشترط البنوك - لإصدار خطابات الضمان والحصول على قروض جديدة ، أو تسهيلات مصرفية - أن يقوم العميل بالتنازل عن كافة مستحقاته المالية للبنك ، مع قبول المستفيد بخطاب الضمان ذلك وتعهده بتوريد كافة المستحقات مباشرة للبنك ، وهو ما يعتبر غطاءً كاملًا لخطاب الضمان .

كما يمكن للبنك أن يشترط على العميل ، أن يسدد نسبة مئوية معينة كتأمين نقدي من قيمة خطاب ضمان الدفعة المقدمة ونسبة مئوية أخرى محددة ، كتأمين نقدي من قيمة خطاب ضمان حسن تنفيذ الأعمال ، وهو ما يعتبر غطاءً جزئيًا في هذه الحالة .

ويلاحظ كذلك ، أن البنوك المحلية - التي تصدر خطابات ضمان بناء على طلب مراسل أجنبي - عادة ما تطلب الحصول على ضمان مقابل غير مشروط يبلغ إلى البنك المحلي بواسطة برقية ، تحمل رقمًا سريًا صحيحًا أو بخطاب يتضمن توقيعين معتمدين ، مع قيام المراسل بالحصول على موافقة سلطات النقد في بلده ، على إصدار خطاب الضمان ، إذا كان ذلك ضروريًا لتحويل القيمة ، عند سداد قيمة خطاب الضمان .

وعادة ما تقرر البنوك المحلية لكل مراسل أجنبي حدًا معينًا لإصدار خطابات الضمان ، وذلك وفقًا لمركز المراسل الموجود في الخارج ، ونوع خطاب الضمان المصدر .

ولاشك أن طلب البنك من العميل تغطية قيمة خطاب الضمان ، سواء بشكل جزئي أو كلي ، يجعل المسألة كلها عملية استقراض مع الضمان ، أي أن البنك أمام المستفيد وكيل في السداد عن العميل وليس كفيلًا؛ ولذلك كان من حق البنك الحصول على التغطية الكافية لما سوف يدفعه نيابة عن عميله ، خلال فترة الضمان .

* * *

الفَصْلُ الثَّانِيْ : تعامل المصارف مع عملاء خطابات الضمان

ونتناول في هذا الموضوع دراسة حصول البنك على أجر على الخدمة ذاتها ، وطلب الجهة المستفيدة مصادرة خطاب الضمان ، والرجوع على العميل طالب خطاب الضمان .

ونوضح ما سبق كما يلي :

أ - حصول البنك على أجر على الخدمة ذاتها :

يعتبر إصدار البنك لخطاب الضمان ، أحد الخدمات المصرفية التي يقدمها لعملائه ، ومن ثم يحق للبنك الحصول على أجر على هذه الخدمة .

وعادة ما تكون قيمة خطاب الضمان شاملة لمبلغ الائتمان المطلوب في حالة التسهيلات الائتمانية غير المغطاة بالكامل ، بالإضافة إلى الفوائد والعمولات ، والمصاريف ، وذلك في حالة خطاب الضمان الذي يقدم لضمان الائتمان الممنوح [١] وبصفة عامة تحصل البنوك على المصاريف التي تدفعها عند إصدار خطاب الضمان ، بالإضافة إلى عمولة معينة مقابل ضمان العميل .

ولا تختلف العمولة التي يحصل عليها البنك الذي يصدر خطاب الضمان ، باختلاف كل نوع من أنواع خطابات الضمان ، كما لا تختلف في حالة ما إذا كان خطاب الضمان مغطى جزئيًا ، أو مغطى بالكامل ، أو بدون تغطية على الإطلاق؛ حيث لا تزيد قيمة العمولة كلما انخفضت قيم التغطية ، رغم المخاطر التي يتعرض لها البنك المصدر ، وهو ما يوجب زيادة العمولات ، أما بالنسبة للمصروفات ، فإنها عادة ما تحددها

---

(١) د. محسن أحمد خضيري ، مرجع سابق (ص ٦٧) .

البنوك على أساس الأعباء الإدارية مثل : المكاتبات ، والبريد ، والهاتف ، والفاكس ، والتي تسبق قرار إصدار خطاب الضمان ، ورغم أنها مصروفات فعلية ، يمكن أن تختلف من بنك إلى بنك ، وتبعًا لكل نوع من أنواع خطابات الضمان ، أو من حيث موضوع الضمان إلا أن أجر البنك عن خطاب الضمان ، تحدده تعريفة الخدمات المصرفية الصادرة من البنك المركزي .

ب - مصادرة خطاب الضمان :

يمكن للمستفيد أن يصادر خطاب الضمان ، ويحصل على القيمة المحددة في الخطاب فورًا دون معارضة ، سواء من جانب العميل ، أو من جانب البنك ، وذلك إذا لم يف العميل بما يلتزم به ، وفقًا للاتفاقات المبرمة بينه وبين المستفيد .

وفي حالة عدم تحديد مبلغ معين في خطاب الضمان - مع تعهد البنك بتعويض المستفيد عن الأضرار - فإنه يلزم الاستعانة بالخبراء ، لتقدير قيمة التعويض عن الأضرار ، أو المخالفات التي قام بها العميل ، سواء حدث ذلك بالتراضي ، أو باللجوء إلى القضاء لحسم الخلافات الناشئة بين الطرفين ، في حالة النص على ذلك في الخطاب المصدر ، ويلتزم البنك بدفع ما ينتهي إليه رأي الخبراء ، أو المحكمة - فورًا - دون معارضة أو شروط ، طالما أن المطالبة حدثت خلال فترة صلاحية خطاب الضمان ، وأن خطاب الضمان يتضمن النص على التعهد بتعويض المستفيد - فقط - في حالة عدم التزام العميل بشروط التعاقد ، أو الإخلال بمواصفات التنفيذ المتفق عليها بينه وبين المستفيد .

وفي حالة تقديم خطاب ضمان بقيمة تزيد على قيمة موضوع الضمان ، مثل قيمة الرسوم الجمركية ، أو الضرائب أو البضائع ، أو الائتمان فإن المستفيد يقوم بمصادرة الخطاب في حالة المخالفات ، أو عدم التزام العميل بتعهداته ، أو بالأعمال المسندة إليه ، أو بمواصفاتها ، وذلك طالما أن المصادرة حدثت خلال فترة صلاحية الخطاب ، أو في أي وقت ، في حالة عدم وجود تاريخ محدد لانتهاء صلاحية خطاب الضمان ، أي أن عملية المصادرة تحدث لقيمة الضمان ، سواء كانت تزيد ، أو تقل عن قيمة الأضرار ، أو المخالفات التي يرتكبها العميل ثم يقتضي المستفيد من القيمة ما يعوضه عن الأضرار ، ويرد الباقي إلى العميل ، أو يطلب من قيمة الخطاب التعويض المناسب فقط .

وتجدر الإشارة إلى أن مصادرة الخطاب – وما يرتبط بها من اضطرار البنك إلى دفع القيمة المحددة في الخطاب إلى المستفيد – لا يشترط لحدوثها إخطار العميل أو وجوب إعذاره ، أو إنذاره قبل الصرف للمستفيد ، كما لا يشترط الحصول على موافقة العميل قبل المصادرة ، باعتبار أن كل ذلك لا يتفق مع طبيعة خطاب الضمان ، وأهميته لوجود الثقة والاطمئنان لدى المستفيد ، ومن ثم تنشيط ودفع النشاط الاقتصادي إلى الأمام .

ويفضل أن يعلم البنك بحقيقة الحال ، إذا كان هناك ما يبرئ ذمة العميل ليمتنع عن الدفع دون التعرض للحرج ، إذا ما دفع البنك قيمة الخطاب ، ثم تبين له براءة ذمة العميل .

ج - الرجوع على العميل طالب خطاب الضمان :

إذا قام البنك بسداد قيمة خطاب الضمان إلى المستفيد ، ولم يكن هناك تغطية لخطاب الضمان – سواء بشكل جزئي أو كلي – فإنه يجوز للبنك الرجوع على العميل طالب خطاب الضمان للحصول على قيمة الخطاب ، والمصروفات بعد السداد إلى المستفيد ، أي أنه لا يجوز له المطالبة بالقيمة إلا بعد السداد إلى المستفيد المكفول له ، ويعلل ذلك صاحب الهداية بقوله : [لأنه لا يملكه قبل الأداء ، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء ؛ لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية] (١) .

ويتفق رأي ابن حزم ، مع رأي المرغيناني ، حيث يرى أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه ، ولا على ورثته بشيء مما ضمن ، إلا في وجه واحد وهو أن يقول الذي عليه الحق : اضمن عني ما لهذا عليَّ فإذا أديت عني فهو دين لك عليَّ ، فهنا يرجع عليه بما أدى عنه ؛ لأنه استقرضه ما أدى عنه ، فهو قرض صحيح (٢) .

ويعني ما سبق ، أن للبنك أن يرجع على العميل طالب خطاب الضمان للحصول على قيمة خطاب الضمان ، متى قام بسداد القيمة إلى المستفيد باعتبار أن العميل استقرض البنك قيمة خطاب الضمان ، فيجب على العميل السداد .

وفي حالة التغطية الجزئية لخطاب الضمان ، فإن للبنك حق الرجوع على العميل طالب خطاب الضمان بعد سداد القيمة إلى المستفيد ، وذلك بقيمة الفرق بين قيمة الخطاب ، وقيمة الضمان الجزئي ، وهو الجزء الذي كفله البنك ، ولم يدفع العميل شيئًا

---

(١) المرغيناني ، الهداية ، (٩١/٣) .

(٢) ابن حزم ، المحلى ، (١١١/٨) .

من قيمته ، أي أن البنك قام بسداد الدين المستحق على العميل بأمره ، فيجب عليه السداد للبنك في حدود قيمة الجزء المتبقي من قيمة خطاب الضمان ، بعد خصم قيمة الغطاء الجزئي .

وقد ذهب الإمام الكاساني في بدائع الصنائع ، إلى أن الرجوع على العميل يكون باعتبار القرض ، إذا كانت الكفالة بأمره ؛ لأن الكفالة بالأمر في حق المطلوب استقراض ، وهو طلب القرض من الكفيل ، والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه [١] .

* * *

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، (٦/ ١١) .

الفَصْلُ الثَّالِثُ : خطاب الضمان من وجهة النظر القانونية

ونتناول في هذا الموضوع دراسة التكييف القانوني لخطاب الضمان ، وتحديد المسؤولية المتعلقة بالأطراف المتعاقدة ، وأخذ الأجر على الكفالة في القانون الوضعي .

أ - التكييف القانوني لخطاب الضمان :

تعتبر الكفالة هي الأصل في خطاب الضمان ، وينطبق عليها أحكام الكفالة في القانون المدني – في حالة عدم وجود نصوص ، أو شروط خاصة بخطاب الضمان ، ويرجع ذلك إلى أن صفة الضمان ، هي الغالبة على العلاقات المتبادلة بين الأطراف المتعاملة في خطاب الضمان ، ولذلك يطلق على العقد – الذي يحكم التزامات مختلف الأطراف ، التي لها علاقة بخطاب الضمان – (الضمان) .

وتنقسم العلاقات التي تحكم خطاب الضمان ، إلى ثلاث علاقات كما يلي [1] :

١ - علاقة العميل بالمتعامل معه (المستفيد) :

وهي عادة ما تكون علاقة عمل ، أو توريد ، أو مقاولة ، ولذلك يحكمها عقد التوريد ، أو عقد المقاولة .

٢ - علاقة البنك بالعميل (طالب خطاب الضمان) :

ويحكم هذه العلاقة عادة ، عقد الاعتماد بالكفالة ، أو عقد الضمان .

---

(١) د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، مرجع سابق (ص ٥٠٤) .

٣ - علاقة البنك بالمستفيد :

ويقصد بها العلاقة بين البنك ، والمورد ، أو صاحب المشروع ، أو الذي يصدر خطاب الضمان لصالحه ، وله حق الحصول على قيمة الضمان خلال فترة صلاحية الخطاب - إن وجدت في الخطاب - ويحكم هذه العلاقة ، الأحكام القانونية الخاصة بخطاب الضمان فقط ، وفي حدود العبارات التي جاءت في الخطاب ، حيث تحدد التزامات البنك ، وشروط الدفع ، والفترة الزمنية للضمان والقيمة ... إلخ .

ويمكن للكفيل الرجوع على المدين في القانون المدني ، على أساس الدعوى الشخصية ، أو دعوى الحلول ، وتعتبر الدعوى الشخصية دعوى وكالة ، يرجع بها الوكيل مع المدين ، إذا عقدت الكفالة بإذن المدين ، أو على أساس دعوى الفضالة إذا عقدت الكفالة بعلمه ، أو بغير علمه ولكنه لم يعترض ، أو على أساس دعوى الإثراء بلا سبب ، إذا عقدت الكفالة رغم اعتراضه .

ويرى البعض أن الأساس القانوني للدعوى - التي يرجع بها الكفيل على المدين - يختلف عن الأساس القانوني الذي تقوم عليه الدعاوى الثلاث السابقة (الوكالة ، الفضالة ، الإثراء بلا سبب) ، وتفصيل ذلك : أنه يمكن للموكل أن يعزل الوكيل في عقد الوكالة ، بينما لا يجوز للمدين أن يعزل الكفيل ، وبينما يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة ، فإنه لا يجوز للكفيل أن يتنحى عن الكفالة ، وفيما يتعلق بالفضالة فإنها لا تكون إلا في أمر عاجل لا يحتمل التأخير ، والكفالة يمكن تأخيرها ، وبذلك فإن الدعوى الشخصية - التي يمكن للدائن أن يرجع على المدين بها - هي دعوى خاصة تسمى دعوى الكفالة [١] .

وإذا رجعنا إلى القانون المدني ، نجد أن المادة (٧٩٩) تنص على ما يلي :

[إذا وفَّى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قِبَل المدين ، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه ، إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من الدين] .

---

(١) د. محمد علي عرفة ، أهم العقود المدنية ، القاهرة (١٩٤٥م) ، (ص ١٢ - ١٥) .

كما أن المادة (٣٢٩) مدني تقول ما يلي :

[من حل قانونًا ، أو اتفاقًا محل الدائن ، كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن] .

ويستفاد من النصوص السابقة أن خطاب الضمان - باعتباره عقد كفالة - تنطبق عليه أحكام الكفالة ، في حدود القدر الذي دفعه الكفيل للمستفيد بناء على طلب ، أو موافقة العميل طالب خطاب الضمان ، ويكون حق الكفيل في الرجوع على العميل ، في حدود ما أداه للمستفيد نيابة عن العميل ، وذلك بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من الدين .

ويوضح رجال القانون أن شروط رجوع الكفيل على المدين ، يمكن حصرها فيما يلي [1] :

١ - أداء الكفيل للدين عند حلول الأجل ، فإذا تعجل الكفيل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل المحدد لم يكن له أن يرجع به على المدين ، إلا عند حلول الأجل الأصلي للمدين .

٢ - قيام الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء ، فإذا أخطر الكفيل المدين بعزمه على الوفاء بالدين عند حلول أجله ، ولم يعترض المدين على ذلك ، كان للكفيل أن يرجع على المدين بما وفاه عنه .

ويلاحظ أن خطاب الضمان - كما سبق بيان تعريفه - لا يشترط أن يكون موضوعه دينًا محدد الأجل ، بل مجرد الضمان ، وبذلك ينطبق عليه شرط أداء البنك (الكفيل) للقيمة المحددة في خطاب الضمان متى طلبها المستفيد ، في أي وقت خلال فترة الصلاحية إن وجدت .

وفي هذه الحالة يصبح العميل طالب خطاب الضمان مدينًا ، وتصبح القيمة المدفوعة للمستفيد دينًا في ذمة العميل ، ولا يوجد مجال لتعجل الوفاء بالدين ؛ لأن الدين لا ينشأ إلا بعد سداد البنك (الكفيل) لقيمة الخطاب إلى المستفيد فقط .

---

(١) د. عبد اللطيف محمد عامر ، الديون وتوثيقها في الفقه الإسلامي ، دار مرجان للطباعة - القاهرة ، (١٩٨٤م) ، (ص ٢٢٣ ، ٢٢٤) .

ويلاحظ كذلك أنه في حالة خطاب الضمان ، لا يوجد مجال لإخطار المدين قبل الوفاء من الناحية النظرية ، حيث إن طبيعة خطاب الضمان لا تحتمل مثل هذا الإخطار ، حيث يتعهد الكفيل بدفع القيمة إلى المستفيد حين يطلبها دون إخطار سابق وبدون موافقة مسبقة من العميل ، وبدون اعتراض من جانبه ، ولذلك يجوز للبنك (الكفيل) الرجوع على العميل طالب خطاب الضمان دون إخطار العميل مقدمًا بذلك ، وقد سبق أن أشرنا إلى أنه من الناحية العملية يتم إخطار العميل قبل الوفاء دفعًا للحرج .

ب - تحديد المسؤولية المتعلقة بالأطراف المتعاقدة :

والمقصود بالاطراف المتعاقدة : العميل (طالب خطاب الضمان) ، والبنك الذي يكفل العميل ، ويدفع القيمة إلى من يصدر الخطاب لصالحه ، والمستفيد وهو الذي يمكنه مصادرة قيمة الخطاب ، ويلتزم البنك بدفع هذه القيمة إليه دون معارضة من العميل ، ودون الحاجة إلى موافقته أو رضاه .

ونوضح العلاقات السابقة ، والمسؤولية المرتبطة بها :

١ - مسؤولية العميل :

يعتبر العميل (طالب خطاب الضمان) مسؤولًا أمام المستفيد (صاحب المشروع) ، أو المورد ، أو المقاول عن تنفيذ الأعمال التي تطلب منه بمواصفات معينة ومتفق عليها، ومن ثم فإن العميل يتعاقد مع المستفيد لتنفيذ أعمال معينة بكيفية محددة ، وما لم يلتزم العميل بما يتفق عليه مع المستفيد ، كان للأخير مصادرة خطاب الضمان ، دون اعتراض من جانبي البنك ، أو العميل ، وقد سبق أن ذكرنا أن العلاقة بين العميل ، والمستفيد يحكمها عقد التوريد أو عقد المقاولة ، وبالتالي ، فإن أي نزاعات بين أطراف التعامل حول تنفيذ الأعمال ، تخضع لأحكام هذا النوع من العقود ولا تؤثر هذه النزاعات على حق المستفيد في الحصول على قيمة خطاب الضمان من البنك ، مهما كانت الأسباب .

ويكون العميل مسؤولًا أمام البنك عن سداد قيمة خطاب الضمان إلى البنك ، عن طريق إجراء البنك للمقاصة بين قيمة على غطاء خطاب الضمان الكامل أو الجزئي ، ويحصل على الفرق بين قيمة الغطاء الجزئي ، وقيمة الضمان المدفوع من البنك إلى المستفيد ، وأي نزاع يثور بين البنك والعميل في هذا الخصوص تنطبق عليه أحكام عقد

الاعتماد بالكفالة من حيث اشتراط السداد الفعلي من جانب البنك لقيمة خطاب الضمان إلى المستفيد ، ومن حيث الموافقة المسبقة للعميل على دفع البنك لقيمة خطاب الضمان إلى المستفيد دون اعتراض من العميل ، ودون انتظار للحصول على موافقة منه كما يكون العميل مسؤولاً عن سداد كافة المصروفات الإدارية إلى البنك الكفيل .

٢ - مسؤولية البنك :

يعتبر البنك مسئولاً عن سداد قيمة الخطاب إلى المستفيد ، في أي وقت يطلبها خلال فترة صلاحية خطاب الضمان ، إن ذكرت في الخطاب وبشكل مطلق إذا لم تذكر في الخطاب ولا يجوز للبنك الامتناع عن السداد ، أو التعلل بالرجوع إلى العميل قبل الوفاء بالقيمة إلى المستفيد .

ويلاحظ أنه في حالة وجود غطاء جزئي لخطاب الضمان مقدم من العميل ، فإن البنك يكون مسؤولاً عن دفع القيمة المحددة في الخطاب بالكامل ، دون الربط بين ذلك وقيمة الغطاء الجزئي ، حيث يحق للبنك الرجوع على العميل بقيمة الجزء غير المغطى والمصروفات كما سبق القول .

وقد سبق أن ذكرنا أن أية منازعات بين البنك والمستفيد تنطبق عليها الأحكام القانونية الخاصة بخطاب الضمان فقط ، وفي حدود العبارات المدونة في الخطاب والموضحة لشروط الضمان ، والتزامات البنك ، وشروط الدفع والقيمة ، وفترة الصلاحية ... إلخ ، وذلك باعتبار الالتزام الأصيل للبنك عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان .

وقد أوضحت محكمة النقض أن البنك في التزامه بخطاب الضمان ، إنما يلتزم بصفته أصيلاً قبل المستفيد ، لا بوصف كونه نائبًا عن عميله ، فإذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد ، فإنه ليس للعميل أن يتحدى بوجوب إعذاره هو ، قبل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان (١) .

ويستفاد مما سبق أن العلاقة بين البنك والمستفيد ، تعتبر علاقة مستقلة بذاتها عن العلاقة بين العميل (طالب خطاب الضمان) والبنك ، ويؤيد ذلك فقهاء القانون ، حيث يرون أن البنك يلتزم بالوفاء بقيمة خطاب الضمان التي تعهد بدفعها إلى

---

(١) مجموعة النقض ، السنة الخامسة عشرة والرابعة والعشرين (ص ٦٩١) .

المستفيد ، بغض النظر عن سائر العلاقات بين الأطراف الأخرى ، وبغير النظر إلى أية معارضة من جانب العميل [1] ويقصد بإعذار العميل في خطاب الضمان : مجرد إخطار البنك للعميل ، أن المستفيد قد طلب قيمة خطاب الضمان ، وأن البنك يعتزم الوفاء له بها ، وإذا كان للعميل ما يبرئه ، ويبرئ البنك من هذا الالتزام ، قدمه إلى البنك ، وامتنع الوفاء .

٣ - مسؤولية المستفيد :

لا توجد أية التزامات من جانب المستفيد تجاه البنك ، أو تجاه العميل مقابل حصوله على قيمة خطاب الضمان ، في حالة مصادرة المستفيد للخطاب ، ما لم يكن قد تقاضى هذه القيمة دون وجه حق .

غير أنه في حالة وفاء العميل بكافة التزاماته المتفق عليها مع المستفيد ، وانتهاء كافة الأعمال ، أو انتهاء فترة الصلاحية المحددة لخطاب الضمان - ما لم يتم تجديدها - يجب على المستفيد أن يعيد خطاب الضمان إلى العميل ، وتنتهي فترة الضمان ، ولا يكون البنك ملزمًا بدفع أي شيء إلى المستفيد ، طالما أنه أقر بأن العميل قام بأداء ما طلب منه من أعمال على خير وجه ، وأعطى مخالصات بذلك إلى العميل ، وأي نزاع ينشأ بين العميل والمستفيد ينطبق عليه حكم عقد المقاولة أو عقد التوريد ، كما سبق القول ، ولا يكون البنك طرفًا في هذا النزاع .

ج - أخذ الأجر على الكفالة في القانون الوضعي :

يجوز للكفيل - طبقًا للقانون الوضعي - الحصول على أجر مقابل الكفالة ، وذلك باعتبارها خدمة مصرفية ، يقوم بها البنك للعميل ، ويستحق عنها مقابلًا يدفع للبنك ، نظير ضمان العميل أمام المستفيد ، وكفالته في الوفاء بالقيمة المحددة في خطاب الضمان .

وتجدر الإشارة إلى أن البنك لا يتعامل في أمواله الخاصة ، وإنما يتعامل في أموال المودعين ، الذين يفوضونه في استثمارها نيابة عنهم ، ومن ثم ، فإن البنك عندما يقوم بالكفالة ، ويستخدم هذه الأموال في سداد القيمة المحددة في خطاب الضمان ، فإنه يجب أن يحصل على عائد مقابل هذا الضمان والوفاء ، والبنك يبذل المال ، والعمل

---

(١) د. علي البارودي ، مرجع سابق ، (ص ٣٩٤) .

عند أدائه لهذه الخدمة ، وبالتالي يستحق أجرًا مقابل هذا العمل .

وبالإضافة إلى ما سبق يحق للبنك كافة المصروفات الإدارية التي يدفعها في سبيل إصدار خطاب الضمان والوفاء بقيمته بالشروط المحددة في الخطاب ، وتضاف قيمة هذه المصروفات الإدارية ، إلى قيمة الأجر الذي يستحق للبنك مقابل خدمة الكفالة في خطاب الضمان ، ولا يغني أحدهما عن الآخر .

وهكذا نجد أن التكييف القانوني لخطاب الضمان - باعتباره عقد كفالة - ينسحب أثره على كافة أطراف التعامل ، وعلى الالتزامات المنوطة بكل منهم ، كما يؤثر على جواز الحصول على أجر ، نظير إصدار البنك لخطاب الضمان ، ونظير كفالة البنك للعميل بالإضافة إلى ما يحصل عليه البنك من مصروفات إدارية مختلفة .

* * *

الفَصلُ الرَّابعُ : خطاب الضمان من وجهة النظر الشرعية

ونتناول في هذا الجزء من الدراسة خطاب الضمان باعتباره عقد كفالة بالمال ، وتعريف الكفالة في الفقه الإسلامي ، وحكم أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي ، وجواز أخذ الأجر على خطاب الضمان لدى الفقهاء المحدثين ، ونوضح كافة النقاط السابقة كما يلي :

١ - خطاب الضمان عقد كفالة بالمال :

ذهب الفقهاء إلى أن خطاب الضمان يعتبر من عقود الكفالة بالمال ، حيث يقول الإمام المرغيناني في كتابه (الهداية) : « وأما الكفالة بالمال ، فجائزة معلومًا كان المكفول به أو مجهولًا ، إذا كان دينًا صحيحًا ، مثل أن يقول : تكفلت عنه بألف ، أو بما لك عليه ، أو بما يدركك في هذا البيع ؛ لأن مبنى الكفالة على التوسع ، فيتحمل فيها الجهالة ، وعلى الكفالة بالديون إجماع ، وكفى به حجة » [١] .

ويوضح ما سبق جواز الكفالة بالمال ، وأن ضمان الكفيل في الوفاء بالدين الصحيح جائز ، سواء تم تحديد قيمة المكفول به ، أو لم يتم .

وقد أوضح الشافعي ، وأبو حنيفة ، وأصحابهما ، وأحمد ، أن الدائن يستطيع الحصول على دينه ، سواء من الكفيل أو من المكفول عنه (المدين الأصلي) لثبوت الحق في ذمتيهما معًا ، كما أن المكفول عنه لا يبرأ بمجرد الكفالة ، بل يثبت الحق في ذمتيهما جميعًا ؛ ولأن الكفيل لو تكفل بالمطالبة دون الدين لم يصح [٢] .

---

(١) المرغيناني ، الهداية ، (٣/ ٩٠) .

(٢) البدائع ، (٤٣٢٢/٧) وما بعدها ، وكشاف القناع ، (٣٦٤/٣) .

أما الإمام مالك ، فيرى أنه إذا حضر المكفول عنه ، وكان قادرًا على الأداء ، فليس لصاحب الحق أن يطالب الكفيل (١) .

ويقول بعض الفقهاء : إن من ضمن عن رجل مالًا ، لزمه أداء هذا المال ، وبرئ المضمون ، ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين ، ولعل هذا يخالف ما ذكره ابن قدامة في (المغني) ، حيث يرى أنه يجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان ، أو أكثر ، سواء ضمن كل واحد منهما جميع الحق أو جزءًا منه ، فإن ضمن كل واحد منهما جميع الحق ، برئ كل واحد منهما بأداء أحدهما ، وإن أبرأ المضمون عنه برئ الجميع ؛ لأنهم فروع له ، أما أن أبرأ أحد الضامنين ، برئ وحده ولم يبرأ غيره ؛ لأنهم غير فروع له ، كما يجوز أن يتكفل واحد لاثنين معًا وحينئذ ، فإذا أبرأه أحدهما لم يبرأ من الآخر ؛ لأن العقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين ، فإذا برئ من واحد منهما بقي الآخر (٢) .

ويستفاد مما سبق ، أنه يمكن أن يشترك في الضمان أكثر من كفيل ، سواء ضمن كل منهما الحق بالكامل ، أو ضمن جزءًا منه ، وهو ما يدعونا إلى القول بأنه ليس هناك ما يمنع من اشتراك أكثر من بنك في إعطاء خطاب ضمان ، سواء ضمن كل بنك كامل الحق للمستفيد ، أو ضمن كل بنك جزءًا من الحق ، حيث يلزم الضمان كلًّا منهما ، وبراءة أحدهما لا تبرئ الآخر .

ولما كانت الكفالة بالمال تعرف بأنها : ضم ذمة إلى ذمة أخرى لأداء مال واجب على المضمون عنه ، وأن ما ثبت في ذمة المكفول عنه يثبت في ذمة الكفيل ، فإن خطاب الضمان لا يعدو كونه عقد كفالة بالمال ، حيث تتضمن ذمة المتضمن الحق أي تتسع له ، وتشتمل عليه ، كما تضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ، فيثبت هذا الحق في ذمتهما معًا ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما .

ويرى عامة الفقهاء ، أنه لو اشترط في الكفالة براءة الأصيل ، تنقلب حوالة اعتبارًا للمعنى ، كما أن الحوالة - بشرط عدم براءة المحيل - تنقلب كفالة (٣) ، إذ إن الحكم في

(١، ٢) ابن قدامة ، المغني ، (٥/٨٥ - ١٠٣) .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، الجزء السادس ، كتاب الكفالة .

الكفالة بالمال ، أن الكفالة لا تبرئ المدين الأصيل ، والدائن يكون له الخيار ، إن شاء طالب الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل ، أما إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل ، فتكون حوالة في المعنى ، أو كانت مقيدة بما عليه من الدين ؛ لأنها في معنى الحوالة كذلك .

وقد جرى العمل في المصارف على إصدار خطاب الضمان ، دون اشتراط براءة الأصيل ، أو العميل ، وبذلك تنضم ذمة البنك إلى ذمة العميل في الوفاء بقيمة الضمان ، ويعني ذلك أن خطاب الضمان لا يعدو أن يكون كفالة بالمال ، وليس حوالة ، حيث لا تنتقل المطالبة بالدين ، أو الحق ذاته من ذمة العميل إلى ذمة البنك ، بل تضم ذمة البنك إلى ذمة العميل في الوفاء بالحق ، ولا يبرئ أحدهما الآخر فلا يمكن أن تكون حوالة .

وتجدر الإشارة إلى أن الإمام الشافعي ، وابن حزم يريان عدم جواز الكفالة في مال لم يجب بعد ؛ لأن الكفالة عقد واجب ، ولا يجوز الواجب في غير واجب ، وهو التزام ما لم يلزم بعد ، وكل لم يلزم حين التزامه ، فلا يجوز أن يلزم شخصًا آخر ، ولكن الإمام أبا حنيفة ، والإمام أبا يوسف ، والإمام مالكًا ﷺ ، وبعض الحنابلة وأصحاب الإمام الشافعي ، يرون أن المخاطرة كما تجوز في الولايات ، فإنها تجوز في الضمان ، وقد رد ابن حزم على ذلك بقوله إن الولاية فرض على المسلمين ، ولكن الكفالة ليست فرضًا ، فلا نسبة بينهما (١) .

٢ - تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي :

تعرف الكفالة شرعًا بأنها : ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ويثبت الحق في ذمتهما معًا ، ولصاحب الحق أن يطالب من يشاء منهما بحقه ، وبذلك تكون الكفالة تقوية للذمة الأولى بالذمة الثانية أمام طرف ثالث ، هو المضمون له أو المستفيد .

ويعرف المالكية الكفالة بأنها شغل ذمة أخرى بالحق (٢) ، وهو ما يعني أن الكفالة يتم فيها شغل ذمة الضامن مع ذمة المدين ، لصالح صاحب الحق أو الدائن .

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، (١١٧/٥ ، ١١٨) .
(٢) المدونة ، (٢٥٢/٥) .

ويطلق على الكفالة أيضًا الزعامة ، ويقصد بها الضمان ، أو الغرامة لقول الرسول ﷺ : « **الزعيم غارم** » (١) ، وقد ذكرت الزعامة في القرآن الكريم على لسان سيدنا يوسف عليه السلام في سورة يوسف - الآية (٧٢) : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾ [يوسف : ٧٢] صدق الله العظيم ، ويعني ذلك ، أنه كفيل لمن أتى بصواع الملك المفقود ، أن يعطيه حمل بعير من القمح .

ومن أسماء الكفالة كذلك القبالة ، حيث يقال قبلت به أقبل قبالة ، وتقبلت به أي تكفلت ، وهو قبيل أي كفيل ، وذلك يستفاد من قوله تعالى في سورة الإسراء ، الآية (٩٢) : ﴿ أَوۡ تَأۡتِيَ بِٱللَّهِ وَٱلۡمَلَٰٓئِكَةِ قَبِيلًا ﴾ [الإسراء : ٩٢] يعني كفلاء يشهدون بصحة الدعوى .

ويطلق على الكفالة أيضًا الحمالة ، يعني تحمل الدين ، أو التعهد بدفعه ، والحميل يعني المحمول ، وهو ما ينبئ عن تحمل الضمان .

ويعني كافة ما سبق ، أن الكفالة من عقود التوثيق ، التي تضم فيها ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه ، لطمأنة الدائن ، وتقوية موقف المدين ، وذمته ، أو التزامه بحسن الأداء ، أو كليهما معًا .

مشروعية الكفالة :

وقد استدل الفقهاء على مشروعية الكفالة بأدلة من الكتاب ، والسنة ، والإجماع :

أ - الكتاب :

استدل الفقهاء بقوله تعالى في سورة يوسف - الآية (٧٢) : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾ [يوسف : ٧٢] ، وفسرها ابن عباس رضي الله عنه ، بأن الزعيم هو الكفيل ومن ثم فإن الكفالة جائزة شرعًا ؛ لأنها تتضمن الالتزام ، سواء كان الالتزام من شخص على نفسه ، أو كان التزامًا عن الغير .

وقد ذهب الأحناف إلى أن الكفالة تكون جائزة ، إذا كان محالة على سبب وجوب ، وليست معلقة على شرط ، فيجوز الكفالة إذا كان الكفيل يقول : ما كان لك على فلان فهو عليَّ ، أو إذا أهل الهلال فلك عليَّ كذا (٢) .

---

(١) سنن أبي داود - (٧١/٥)

(٢) ابن العربي ، أحكام القرآن ، القسم الثالث (ص ١٠٩٦) .

ويرى البعض أن الآية المذكورة لا تكفي لمشروعية الكفالة ؛ لأنها خاصة بمشروعية الجعالة ، حيث إن سيدنا يوسف عليه السلام رصد جائزة لمن يأتي بصواع الملك المفقود ، ويتكفل بتسليمه هذه الجائزة ، وذلك بالإضافة إلى أن مضمون الآية لا يتضمن ضم ذمة إلى ذمة أخرى في الوفاء بالحق ، إذ إن الآية تتضمن التزام سيدنا يوسف عن نفسه ، والضمان عنها ، ولا توجد كفالة إنسان عن إنسان آخر ، وهو ما ذهب إليه ابن العربي بقوله : « إذا كان لفظ الآية نصًا في الزعامة ، فإن معناها نص في الجعالة » [(١)] .

واستدل بعض الفقهاء على مشروعية الكفالة من الكتاب بقوله تعالى في سورة يوسف أيضًا ، الآية (٧٨) : ﴿ قَالُوا۟ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْعَزِيزُ إِنَّ لَهُۥٓ أَبًا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥٓ ۖ إِنَّا نَرَىٰكَ مِنَ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ [يوسف: ٧٨] ، وهي كفالة بالنفس ، حيث يعرض أخوة يوسف أخذ أحدهم ، ليحل محل أخيهم عند الملك .

واستدلوا كذلك بقوله تعالى في سورة البقرة ، الآية (٢٨٢) : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ، حيث إن الولي يقر بالدين نيابة عن المولى عليه ، أي أنه يضم ذمته إلى ذمة المولى عليه في التعهد بالوفاء بالحق .

ب – من السنة :

استدل الفقهاء على مشروعية الكفالة بحديث الرسول ﷺ: « **أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن توفي من المؤمنين ، فترك دينًا فعلي قضاؤه ، ومن ترك مالاً فلورثته** » [(٢)] .

ويعني الحديث أن الرسول ﷺ يتكفل بديون المدينين ، إذا ماتوا دون أن يتركوا وفاء، ولم يؤدوا ما عليهم من حقوق للدائنين .

كما استدل الفقهاء بما رواه أبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه ، أن رسول الله ﷺ قال : « **العارية مؤداة ، والمنحة مردودة ، والدين مقضي ، والزعيم غارم** » [(٣)] حيث يستفاد من نص الحديث أن الزعيم أو الكفيل يغرم سداد الحقوق التي على المدين الذي يكفله ، أي يقضي عنه دينه .

---

(١) ابن العربي ، أحكام القرآن ، القسم الثالث (ص ١٠٩٦).

(٢) البخاري ، كتاب الكفالة ، رقم (٢١٧٦) .

(٣) أبو داود (٣٥٦٥) ، والترمذي (٢١٢٠) ، وابن ماجه (٢٤٠٥) .

واستدل الفقهاء بأن أبا قتادة – أحد صحابة رسول الله ﷺ – تكفل بسداد ديون على ميت ، فصلى الرسول عليه ، وقبل كفالة أبي قتادة (١) .

ومما سبق ، نجد أن الكفالة مشروعة استنادًا إلى السنة النبوية الشريفة .

ج – من الإجماع :

استدل الفقهاء على مشروعية الكفالة بإجماع الصحابة ، وأفعال الخلفاء الراشدين والتابعين ، حيث روي أن عبد الله بن مسعود كفل عشائر المرتدين بعد استتابتهم ، بناءً على اقتراح جرير والأشعث في المرتدين : استتبهم واكفلهم ، فتابوا وكفلهم عشائرهم (٢) .

واستدلوا كذلك بأن شريحًا كفل في دم ، وحبس الكفيل في السجن ، وأن عمر بن عبد العزيز ﷺ كفل في حد (٣) .

وذكر عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه ، أن عمر بن الخطاب ﷺ بعثه مصدقًا ، فوقع رجل على جارية امرأته ، فأخذ حمزة من الرجل كفيلًا حتى قدم على عمر وكان قد جلده ، فصدقهم ، وعذره بالجهالة (٤) .

وتوضح كافة المواقف ، أو التصرفات السابقة إجماع الصحابة والتابعين على جواز الكفالة شرعًا .

أركان الكفالة :

تتمثل أركان الكفالة فيما يلي :

- صيغة الكفالة .
- المكفول به .
- الكفيل .
- المكفول عنه .
- المكفول له .

---

(١) الحديث رواه البخاري ، (٢١٧٣) ، وأحمد ، (١٤١٩١) ، والنسائي ، (٢٠٨٨) .

(٢) فتح الباري ، (١٢٨٤/٤) .

(٣) ابن حزم ، المحلى ، (١٢٠/٥) .

(٤) البخاري ، (١٢٤/٣) .

ونوضح ما سبق كما يلي :

أ - صيغة الكفالة :

وتتحقق الكفالة بصيغة تحتوي على عبارات تفيد الضمان ، أو الالتزام بالوفاء مثل القول : أنا كفيل ، أو ضمين ، أو زعيم ، أو أضمن لك ما على فلان ، أو أنا بالحق كفيل ، أو زعيم .

ولم يحدد الشرع ألفاظًا محددة لصيغة الكفالة ، وبذلك يكون العرف هو المرجع ، وبذلك تصح الكفالة بكافة الألفاظ التي يستفاد منها الضمان ، أو ضمان شخص لشخص آخر في الوفاء بما عليه من حقوق للغير ، مثل قول رجل لآخر : اترك فلانًا ولا تطالبه بالحق ، وأنا أعطيك ما عليه .

ويلاحظ أن بعض الفقهاء لا يجيز الوعد بالوفاء ، ولا يعتبره كفالة ، باعتباره وعدًا وليس التزامًا ، ولكن في هذه الحالة نقول : إن العبرة بمقصد الكفيل ، فإذا أقر كتابة بما على المدين ، وتعهد بالوفاء نيابة عنه ، تكون الكفالة جائزة .

ب - المكفول به :

يجب أن يكون المكفول به لازمًا على الأصيل ، أي لا يقبل الفسخ دون سبب ، أي يكون دينًا لازمًا في ذمة المكفول عنه ، مثل كفالة ثمن المبيع قبل القبض ، أو كفالة المهر في الزواج قبل الدخول ، باعتباره دينًا لازمًا في ذمة الزوج ، وبالمثل كفالة دين المسلم ، حيث إنه من الديون التي تنتهي إلى اللزوم .

وبينما أجاز بعض الفقهاء الكفالة في مال لم يجب بعد ، فقد عارض البعض الآخر [٢] .

ويجب أن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل ، أي أن يكون ثابتًا في ذمته ، ومن هنا ، فإن الدين يجوز الكفالة به ؛ لأنه مضمون على الأصيل ، ويمكن استيفاؤه من الكفيل .

واشترط الفقهاء كذلك أن يكون المكفول به معلومًا ، أي أن المجهول كالثمن في المبيع لا تصح الكفالة فيه ، ولكن بعض الفقهاء يرون جواز كفالة المجهول ، وهو رأي

---

(٢) د. عبد اللطيف محمد عامر ، مرجع سابق (ص ١٨٩) .

أبي حنيفة ومالك ، وذلك استنادًا إلى حديث الرسول ﷺ : « **فمن توفي من المؤمنين فترك دينًا فعليَّ قضاؤه** » [١] ، وذلك يعني أن الدين الذي تكفل به الرسول ﷺ مجهول المقدار ، كما استدل البعض الآخر بقوله تعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾ [يوسف : ٧٢] قائلين بأن حمل البعير يحتمل الزيادة والنقصان ، ورغم ذلك يجوز فيه الكفالة [٢] .

ج – الكفيل :

وقد اشترط الفقهاء أن يكون الكفيل من أهل التبرع ، باعتباره يلزم نفسه بحق لم يكن عليه أصلًا ، وتنصرف الأهلية هنا أيضًا إلى العقل والبلوغ ، فلا كفالة من الصبي أو المجنون ، حيث إنهما غير أهل للتبرع ، وكذلك الحال لا تجوز كفالة المحجور عليه للسفه ، وكفالته مردودة ؛ لأن تبرعات السفيه مردودة ، ولا يصح من الولي الإذن فيها ، وقد اعتبر الفقهاء الكفالة تبرعًا ، باعتبار أنه لا يثبت الرجوع فيها ، وإذا ثبت الرجوع فيها ، أصبحت إقراضًا ، وليست تبرعًا .

وبالنسبة لكفالة اليتيم ، فإن ديون الولي في نفقة اليتيم ، يمكن لليتيم ضمانها عنه ، إذ إن ضمان الدين يلزمه من غير شرط ، وبالتالي فإن وجود الشرط يزيده تأكيدًا ، ولا يكون متبرعًا .

وفيما يتعلق بالمريض مرض الموت ، فإن الكفالة منه تصح في حدود ثلث التركة فقط ؛ لأنه لا يملك التبرع بأكثر من ثلث ، وإذا كفل الدين بإذن المدين فيؤخذ كله من رأس المال ، وللورثة حق الرجوع على المدين الأصلي [٣] .

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء اختلفوا في جواز كفالة المفلس المحجور عليه ، حيث يرى البعض منهم جواز ضمانه ؛ لأن الحجر عليه في ماله ، وليس في ذمته ، وهو من أهل التصرف ويتبع به بعد فك الحجر عنه [٤] ، أما المالكية ، فيرون عدم جواز كفالة المفلس .

وبالإضافة إلى الشروط السابقة في الكفيل ، ذهب بعض الفقهاء إلى ضرورة توافر

---

(١) سبق تخريجه .
(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، (٦/٩) .
(٣) المدونة ، (٥/٢٧٧).
(٤) ابن قدامة ، المغني ، (٤/٥٩٨) .

شرط الحرية ، باعتبارها شرط نفاذ التصرفات ، كما اشترطوا ملاءة الكفيل وقت العقد دون اشتراط استمرارها ، فإذا كان الكفيل غير مليء ، يمكن للدائن فسخ عقد الكفالة عندما يعلم بعدم ملاءة الكفيل ، وفي هذه الحالة يطالب المدين بحقه .

د - المكفول عنه :

ويقصد به المدين الأصلي ، واشترط الفقهاء فيه ما يلي :

- القدرة على تسليم المكفول به ، سواء بنفسه ، أو بتفويض غيره .
- المعلومية للكفيل .

وفيما يختص بالقدرة على التسليم ، فإنها تنصرف إلى قدرة المدين على الوفاء بالدين ، أو بالحق للدائن ، وهناك بعض الفقهاء كالمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، لم يشترطوا ذلك ، استنادًا إلى رواية أبي سعيد الخدري من أن النبي ﷺ أجاز الكفالة ، مع عدم القدرة على الوفاء ، مثل كفالة المفلس ، كما أجازوا كفالة الدين عن ميت مفلس ؛ لأن الموت لا ينفي بقاء الدين طالما أن المدين مات مليئًا ، ومن ثم تصح الكفالة عنه ، وكذلك إذا مات مفلسًا تبقى الكفالة ، ويرى أبو حنيفة عدم جواز كفالة الميت المفلس ؛ لأن الدين عبارة عن الفعل ، والميت عاجز عن الفعل ، فتكون الكفالة بدين ساقط ، ولا تصح .

أما بخصوص المعلومية ، فلا تجوز الكفالة عن مجهول ، ولا بد من تحديد المكفول عنه بوضوح ، أما إذا كانت الكفالة عن شخص واحد من عدة أشخاص محددين ، فلم يشترط الفقهاء العقل ، أو البلوغ في المكفول عنه ، ولذلك تجوز الكفالة عن السفيه ، والمجنون ، والصبي الصغير ، ولم يشترط الفقهاء رضا المكفول عنه « المدين » ، حيث تصح الكفالة دون إذنه .

هـ - المكفول له :

والمقصود به المستفيد من الضمان ، وهو صاحب الحق ، أو الدائن .

وقد اشترط الفقهاء فيه عدة شروط هي :

- أن يكون معلومًا للكفيل ، حتى يمكن التوثق ، ومع ذلك أجاز الفقهاء كفالة واحد مجهول ، من ضمن جماعة أفراد معلومين ، وذلك استنادًا إلى قوله تعالى : ﴿ وَلِمَن

جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾ [يوسف: ٧٢] ، أي أن كفالة حق الدائن المجهول جائزة شرعًا .

ولم يشترط الحنابلة ، والمالكية ، معرفة المكفول له عند الكفالة ، واشترط الشافعية معرفة المكفول له لتفاوت الناس في استيفاء الديون تشديدًا وتسهيلًا (١) .

واشترط الفقهاء حضور المكفول له في مجلس العقد ، فلا تجوز كفالة الغائب ، وذلك على أساس أن الكفالة فيها معنى التمليك ، وهو ما يحتاج إلى إيجاب وقبول ، أما أبو يوسف ، فعنده لا يشترط حضور المكفول له العقد ؛ لأن الكفالة شرعًا تتحقق من ضم ذمة إلى أخرى ، والالتزام بالوفاء ، وهو يتم بإيجاب الكفيل ، وهو كل العقد .

واشترط الفقهاء في المكفول له العقل ، فلا تصح كفالة المجنون ، والصبي الذي لا يعقل .

ويرى الأحناف جواز قبول الصبي المميز ؛ لأن قبول الكفالة عنه نفع محض ، وهو ما يخالف الشيعة ، الذين يرون عدم قدرة الكفيل على الوفاء ، ومن ثم لا تصح القدرة .

أنواع الكفالة :

وتنقسم الكفالة إلى نوعين : كفالة بالنفس ، وكفالة بالمال ، ونوضح كلًّا منهما فيما يلي :

(١) الكفالة بالمال :

والمقصود بها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين ، لأداء دين معين ، أو الوفاء بحق على المضمون عنه .

ولا يختلف الفقهاء على أن الكفيل بالمال غارم ، إذا غاب المكفول عنه ، ولكن اختلافهم بخصوص حضور الكفيل والمكفول عنه وكلاهما موسر ، إذ يرى الإمام مالك أنه إذا حضر المكفول عنه ، وكان قادرًا على الوفاء بالحق ، فليس لصاحب الحق مطالبة الكفيل (٢) ، أما الشافعي ، وأبو حنيفة ، فيريان أن صاحب الحق يمكنه أن يختار من يأخذ الحق منه ، سواء كان الكفيل أو المكفول عنه ، حيث إن الحق ثابت في

---

(١) الشربيني ، مغني المحتاج ، (٢/٣٠٠) .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، (٢/٣٣٠) وما بعدها .

ذمتيهما معًا ، ولا يبرأ المكفول عنه بمجرد الكفالة ؛ لأن الكفيل لو تكفل بالمطالبة دون الدين لم يصح (١) .

٢ - الكفالة بالنفس :

ويقصد بها التزام شخص بإحضار المكفول به إلى مجلس الحكم ، أي أن العقد يكون واقعًا على بدن المكفول به ، فكان إحضاره هو الملتزم به مثل الضمان .

والدليل الشرعي على جواز الكفالة ، وهو قوله تعالى في سورة يوسف الآية (٦٦) : ﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ ﴾ [يوسف: ٦٦] ، حيث طالب سيدنا يعقوب عليه السلام إخوة يوسف بأن يتكفلوا بإحضاره ، وأن تكون الكفالة أمام أبيهم ، وبذلك إذا عجز الكفيل عن إحضار المكفول به مع حياته ، أو رفض إحضاره ، لزمه ما عليه .

وقد روي من السنة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول ﷺ كفل في تهمة ، وأن ابن مسعود استشار الناس فيمن أقروا بنبوة مسيلمة الكذاب ، فأشاروا عليه أن يستتيبهم ، وبأن يكفلهم عشائرهم ، فاستتابهم فتابوا ، فكفلهم عشائرهم (٢) .

كما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث حمزة بن عمرو الأسلمي إلى بني سعد فوجد فيهم رجلًا وطئ جارية امرأته فولدت منه ، فأخذ حمزة بالرجل كفيلًا ، ولما أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أخبره حمزة بما حدث فأقره على ذلك .

وهو ما يفيد أن الكفالة بالنفس مشروعة ، ولو لم تكن كذلك لاعترض عمر على ما فعله حمزة ولأنكره ، وهو مالم يحدث ، فدل على المشروعية .

تأجيل وتعجيل الكفالة :

إذا كفل الكفيل دينًا مؤجلًا على المدين ، فإنه يؤدي الدين مؤجلًا ، كذلك يلتزم الكفيل بتعجيل الوفاء بالحق ، إذا كان الدين على الأصيل معجلًا ، وفي حالة اتفاق الكفيل والدائن على تأجيل الدين إلى أجل جديد بعد انتهاء الأجل الأصلي ، يكون الاتفاق صحيحًا ويكون الوفاء من الكفيل مؤجلًا ، ولكن المدين الأصيل لا يستفيد من

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، (٣٤٣٢/٧) وما بعدها ، الإمام الشافعي ، (١٠٧/٧) وما بعدها .

(٢) فتح الباري ، (٣٨٤/٤) .

هذا التأجيل باعتباره ليس طرفًا فيه ، وهو رأي الشافعية وأحمد ، ويلاحظ أن الدين يتأجل سداده ويثبت في ذمة الكفيل من وقت قبول الكفالة ، ولكن البعض يرى أن الكفيل إذا ضمن الدين الحالي مؤجلًا إلى أجل معلوم ، لا يصح لكون الملتزم مخالفًا لما على الأصيل ، والرد على ذلك أن الضمان تبرع يحتمل فيه اختلاف الدينين في الكيفية للحاجة .

وقد ذكر عن محمد ، أن الكفيل يصير كفيلًا في الحال ، ولكن التأجيل يذكر لتأخير المطالبة فقط ، وليس لتأخير الكفالة نفسها ، ولا يعني التأجيل في حق المكفول عنه ، أو المدين الأصلي [1] .

وفي حالة ضمان الكفيل للمدين حالًا في دين مؤجل لا يصير الدين حالًا ولا يلزم الأداء قبل حلول أجل الاستحقاق ؛ لأن الكفيل فرع المكفول عنه ، ولا يلزمه مالم يلزم المدين الأصلي ، أي أن الكفيل إذا قام بالوفاء بالدين حالًا ، لا يرجع على المكفول عنه قبول حلول الأجل المتفق عليه بين المكفول عنه والدائن الأصلي ، ولعل من صور الكفالة الآجلة في المصارف الحديثة « السند الإذني » حيث يتعهد المدين لدائنه بمبلغ معين بعد أجل معين ، ويمكن للدائن الحصول على القيم الحالية للسند - قبل موعد الاستحقاق - مقابل سعر خصم معين يحدده البنك ، ويخصم قيمته من قيمة السند الإذني ، ثم ينتظر البنك حلول موعد الاستحقاق ، لتحصيل القيمة من المدين الأصلي .

وتجدر الإشارة إلى أن التأجيل إلى أجل مجهول ، يجعل الكفالة غير صحيحة - على رأي الشافعي - باعتباره عقدًا إلى أجل مجهول ، فلا يصح مثل البيع [2] ، وقد فرق البعض بين الجهالة الفاحشة ، والجهالة غير الفاحشة ، مثل وقت الحصاد وغيره ، وفيها تكون الكفالة جائزة وصحيحة ، بعكس الجهالة الفاحشة مثل سقوط المطر ، أو هبوب الرياح ... إلخ .

ويرى الحنابلة أن الكفالة لا تصح في حالة الأجل المجهول ، لعدم وجود وقت لدى المكفول له ، يمكن المطالبة فيه .

---

(١) ابن نجيم ، البحر الرائق ، (٢٣٧/٦) .

(٢) الإمام الشافعي ، الأم (ص ١٠٧) .

الكفالة في الدين ، والبيع ، والسَّلَم :

من الكفالات المشروعة في الإسلام ، الكفالة في السَّلَم ، حيث قال ابن عباس : « أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى ، قد أحله اللّٰه في كتابه ، وأذن فيه » ثم تلا قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ، وتوضح الآية الكريمة أهمية كتابة الديون المؤجلة ، وجواز أن يأمن الواحد الآخر .

وقد رفض ابن حزم الكفالة في البيع والسلم والديون لعدم وجود نص من نصوص القرآن الكريم أو السنة المطهرة [١] .

وقد استدل الذين يرون جواز الكفالة ، بما روي عن عائشة رضي الله عنها من أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعامًا إلى أجل ورهنه درعه [٢] ، كما استدل البعض الآخر بكتابة الدين المؤجل في الآية القرآنية - سالفة الذكر - على أساس أنها تعم السلم أيضًا ، وجواز أن يأمن أحدهم الآخر ، سواء كان الذي عليه الحق هو الأمين عند صاحب الحق ، أو الكفيل هو الأمين عنده ، وبذلك يثبت جواز اشتراط الكفيل من السلم والدين ، كما يثبت جواز اشتراط الرهن فيهما ؛ لأنهما من المال اللازم ، ويصح ضمانه كالأجرة ، وثمن البيع [٣] .

الخروج من الكفالة [٤] :

يمكن التفرقة في هذا الموضوع بين الخروج من الكفالة بالمال ، والخروج من الكفالة بالنفس كما يلي :

أ - الكفالة بالمال :

يتحقق الخروج من الكفالة في هذه الحالة عن طريق التصرفات التالية :

- أداء المال إلى الدائن ، سواء بواسطة المدين أو بواسطة الكفيل .

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، (١١٩/٥) .

(٢) رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما .

(٣) التهانوي ظفر أحمد العثماني ، إعلاء السنن ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، كراتشي - باكستان ، (٤٩٦/١٤) .

(٤) د. عبد اللطيف محمد عامر ، الديون وتوثيقها في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق (ص ٢١٤ - ٢١٧) .

– الهبة ، عندما يهب الدائن قيمة الدين إلى المدين المكفول عنه ، أو إلى الكفيل .

– الإبراء ، ويلاحظ أن إبراء الدائن للكفيل فقط ، لا يبرئ المدين الأصلي ، حيث لا تبرئ الكفالة ذمة المدين الأصلي ، حتى يتحقق الوفاء ، سواء بواسطة المدين ، أو الكفيل .

– الصلح ، ويقصد به التصالح الذي يتم بين الدائن ، والكفيل ؛ لأن فيه معنى الإبراء ، وقد يترتب على التصالح إبراء ذمة المدين ، والكفيل معًا ، أو ذمة الكفيل فقط ، وفقًا لما يتفق عليه الأطراف الثلاثة .

ب – الكفالة بالنفس :

ويتحقق خروج الكفيل من الكفالة ، إذا تحققت التصرفات التالية :

– تسليم النفس إلى من يطلبها ، أي إحضار المكفول إلى المكفول له في مكان يتفق عليه الأطراف الثلاثة ، حيث تبرأ ذمة الكفيل ، ويخرج من الكفالة .

– الإبراء ، حيث يتم الاتفاق على براءة الكفيل من تسليم النفس ، فإذا أسقط صاحب الحق حقه في تسلم النفس ، تنتهي كفالة الكفيل .

– موت المكفول ، حيث يكون هناك استحالة في تنفيذ الكفالة بالنفس ، وبسقوط الطلب عن المكفول ، يسقط أيضًا عن الكفيل .

شروط رجوع الكفيل على المدين :

اشترط الفقهاء للرجوع على المدين بواسطة الكفيل ما يلي :

١ – أن تكون الكفالة بإذن المكفول عنه ، وهو ما يجعل الكفالة في حكم الاستقراض ، بخلاف حدوث الكفالة دون إذن المدين ، حيث يكون الأمر تبرعًا ، أو تطوعًا ، فلا يحق للكفيل الرجوع على المكفول عنه عند معظم الفقهاء .

٢ – أداء الكفيل الحق إلى صاحبه فعلًا ، حيث لا يمكن للكفيل الرجوع على المكفول عنه إلا بعد أداء الكفيل للحق ؛ ولأن الإقراض لا يتحقق إلا بأداء المال ، بالإضافة إلى أن الموجب للمطالبة هو التمليك .

٣ – صدور الإذن في الكفالة ممن يملك حق الإذن ، ويشترط أن يكون إنسانًا عاقلًا رشيدًا ، فلا يصح إذن المجنون ، أو صغير السن ، أو المحجور عليه ، وأن يكون لفظ

الضمان ، أو الكفالة واضحًا وصريحًا .

٤ - ألا يكون الكفيل مدينًا للمكفول عنه ؛ لأن الكفيل إذا كان مدينًا للمكفول عنه ، يمكن عمل مقاصة ، وخصم ما دفعه الكفيل من المستحقات التي عليه للمدين الأصلي ، أو المكفول عنه ، ولا يمكن للكفيل في هذه الحالة الرجوع على المدين .

وقد استدل الفقهاء على ثبوت حق رجوع الكفيل على المكفول عنه ، وتحديد المقدار الذي يرجع به بما رواه ابن عباس ، من أن رجلًا لزم غريمًا له بعشرة دنانير فقال : واللَّه ما أفارقك حتى تقتضيني ، أو تأتيني بحميل قال : فتحمل بها النبي ﷺ فأتاه بقدر ما وعده ، فقال له النبي ﷺ : « **من أين أصبت هذا الذهب ؟** » قال من معدن ، قال : « **لا حاجة لنا فيها ، ليس فيها خير** » ، فقضاها عنه رسول اللَّه ﷺ [1] .

ويستفاد مما سبق ، أن الدين لا يسقط عن المدين عند وجود الكفيل ، وأن للدائن حق مطالبة المدين بتقديم كفالة ، كما أن للكفيل الرجوع على المكفول عنه (المدين الأصلي) ليأخذ من جنس ما كفله به ، وأداه نيابة عنه للدائن .

٣ - حكم أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي :

ذهب الفقهاء إلى أن عقد الكفالة لا يجوز فيه تقاضي أجر مقابل الكفالة ، نظرًا لأن الكفالة من عقود التبرعات التي لا يُستحق عنها أجر ، حيث لا يحصل المتبرع عادة على أجر .

ويختلف ما سبق عن عقد الوكالة ، حيث يمكن تقاضي أجر عن أعمال الوكالة ، حيث يرى (البهوتي) أن التوكيل بُجعْل معلوم جائز شرعًا ، استنادًا إلى أن الرسول ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات ، ويجعل لهم على ذلك جُعْلًا ، كما أنه تصرف لغيره لا يلزمه ، مثل رد الآبق (العبد الهارب) ، ويجوز التوكيل دون الحصول على مقابل ، إذا كان الوكيل جائز التصرف ؛ لأن النبي ﷺ وكل أنيسًا في إقامة الحد ، وعروة في شراء شاة ، وعمرًا وأبا رافع في قبول النكاح بغير جُعل ، ويستحق الوكيل الجعل مع الإطلاق [2] ، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الإنسان إذا أدى عملًا نافعًا لغيره - بشرط أن يأخذ عوضًا على هذا العمل يعادل ما قام به من جهد ، وما بذله من

---

(١) رواه أبو داود في سننه ، (٢٤٧/٣) .

(٢) البهوتي ، كشاف القناع ، (٤٨٩/٣) .

مال - فإنه يكون مستحقًّا لهذا العوض ، ما دام قد اشترطه ، كما يستحق العوض عن بعض الأعمال ، دون أن يشترطه ، وذلك في الحالات الآتية [(١)] :

أ - دلالة العمل تتطلب المطالبة بالعوض ، وأصحابها يرصدون أنفسهم للتكسب بالعمل كالملاح ، والمكاري ، والقصار ، والدلال ... إلخ ، ويستحق هؤلاء جميعًا العوض ، ولو لم يشترطوه ، نظرًا لأن طبيعة أعمالهم تقتضي الحصول على عوض .

ب - أن يؤدي العمل إلى غناء المسلمين ، أو القيام بمصالحهم العامة ، أو استنقاذ لمال معصوم من الهلكة ، مثال ذلك رد الشيء المفقود إلى صاحبه ، حيث يكون لمن يفعل ذلك الحصول على عوض ، ولو لم يشترطه ، وكذلك رد العبد الآبق ، طالما أن من رده من طبيعة عمله طلب الضوال والإباق فإنه يستحق جعل مثله ، وذلك بخلاف ما إذا لم يكن من عادته الحصول على الجعل ، حيث لا يستحق الحصول على العوض ، ويكون له النفقة فقط ، لأن عمله يكون تبرعًا ، فلا يأخذ مقابلًا على التبرع .

وتجدر الإشارة إلى أن الكفالة من الأعمال النافعة ، التي يستحق فاعلها المكافأة عليها ، وذلك استنادًا إلى حديث الرسول ﷺ : « **من أسدى إليكم معروفًا فكافئوه** » [(٢)] .

ومن ثم ، فإن المكافأة أو العوض عن أعمال الكفالة تكون جائزة ، ولو لم يشترطها الكفيل ، فإذا كان معتادًا لها ، كان له العوض ، وإذا تركه ، كان متبرعًا به ، أو متنازلًا عنه للمكفول عنه ، أما إذا لم يكن معتادًا للكفالة ، فإنه لا يستحق الحصول على العوض ، وتكون له كافة ما يُنفق من مصروفات إدارية ، أو غيرها فقط دون مقابل عن الضمان .

ويرى البعض أن قيام البنوك بأعمال الكفالة ، ليس من أعمال التكافل ، أو التضامن بين أفراد الأمة ؛ لأن الأموال التي لديه ويتعامل فيها ليست أموالًا خالصة له ، بل هي أموال خاصة للمودعين ، وليس للبنك الحق في التبرع بها ؛ لأن الغرض من إيداعها لديه هو التنمية ، والاستثمار ، وليس من ذلك التبرع بها ، أو تقديمها دون مقابل إلى الغير ، مثلما هو الحال بالنسبة للكفالة ، ويستند أصحاب هذا الرأي بقول ابن نجيم : لو عمل شيئًا ، ولم يستأجره ، وكان الصانع معروفًا بتلك الصنعة ، وجب أجر المثل على قول

---

(١) د. عبد اللطيف محمد عامر ، الديون وتوثيقها ، مرجع سابق (ص ٧٤ - ٧٧) .

(٢) أخرجه الحاكم عن ابن عمر رضي الله عنهما .

محمد رحمه الله وبه يفتى ، وطالما أن البنك يبذل ثقته ، فيجب له أجر المثل (١) .

ولعل من أهم الآراء الفقهية المعارضة لتقاضي العمولة على الكفالة ، ما ذكره السرخسي حيث يقول : « لو كفل رجل عن رجل بمال ، على أن يجعل له جُعلًا ، فالجعل باطل ، هكذا روي عن إبراهيم رحمه الله وهذا لأنه رشوة ، والرشوة حرام ، فإن الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال ، فلا يجوز أن يجب عليه عوض بمقابلته ، ولكن الضمان جائز إذا لم يشترط الجعل فيه ، وإن كان الجعل مشروطًا فيه ، فالضمان باطل أيضًا ؛ لأن الكفيل ملتزم ، والالتزام لا يكون إلا برضاه ، ألا ترى أنه لو كان مكرهًا على الكفالة ، لم يلزمه شيء ؟ فإذا شرط الجعل في الكفالة ، فهو ما رضي بالالتزام إذا لم يسلم له الجعل ، وإذا لم يشترطه في الكفالة ، فهو راض بالالتزام مطلقًا فيلزمه » (٢) .

وهكذا نجد الآراء السابقة لا تجيز للبنوك الحصول على جعالة ، أو أجرة على الضمان ، أو مقابل إصدار خطابات الضمان ، باعتبار هذه الخطابات من عقود الكفالة التي تعتبر من عقود التبرعات ، وأن اشتراط الأجرة أو المقابل يجعل الكفالة باطلة ؛ لأن المكفول عنه لا يستوجب بالكفالة زيادة في المال ، ومن ثم لا يجب أن نطالبه بتعويض ، كما أن التزام الكفيل يتحقق برضاه دون مقابل ، فيلزمه الكفالة دون الحصول على مقابل أو جعل أو أجرة .

وتجدر ملاحظة أن الآراء الفقهية - التي لا تجيز حصول البنك على مقابل أو جعل نظير الكفالة - تفرق بين المقابل المشترط من الكفيل مقابل الضمان في حد ذاته ، والمقابل الذي يمكن الحصول عليه مقابل تجديد الكفالة ، باعتبارها من أعمال الخدمات المصرفية ، وكذلك الأمر بالنسبة لتقاضي البنوك للمصروفات الإدارية ، والدراسات ، والمراسلات البريدية ، والمطبوعات وغيرها ، إذ يرى الفقهاء جواز الحصول على مقابل عن الخدمات المصرفية المرتبطة بالكفالة المصرفية ، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل الذي يقدره الخبراء العدول ، الذين يوثق في تقديراتهم .

(١) د. محمد الشحات الجندي ، فقه التعامل المالي والمصرفي الحديث ، مرجع سابق (ص ١٧١ ، ١٧٢) .
(٢) السرخسي ، المبسوط ، (٣٢/٢٠) .

٤ - جواز أخذ الأجر على خطاب الضمان لدى الفقهاء المحدثين :

يرى الفقهاء المحدثون أنه يجوز للبنك الحصول على أجر عن إصدار خطابات الضمان ، مقابل ما يتكبده من جهد أو مال ، أو مقابل أتعاب الموظفين والعمال ، والمصروفات الإدارية ، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل الذي يقدره الخبراء العدول ذوو الثقة والورع والتقوى ، الذين يمكن الاطمئنان إلى تقديراتهم .

وقد أوضح فقهاء هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري ، أنه لا يجوز إصدار خطاب الضمان مقابل عمولة يتقاضاها البنك (١) .

وأوضح كذلك المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي الأمر بقوله : « لا أعلم من فقهاء الإسلام من أجاز أخذ الأجر على الضمان ، ولكن إذا وكل العميل البنك في قضاء مصالحه لدى الجهة المضمون لها ، فيجوز أخذ الأجر على ذلك ، سواء كان أجرًا متطوعًا ، أو بنسبة ما يقوم بتحصيله من الجهات المضمون لها ، على أن يكون ذلك في حدود أجر المثل ، ابتعادًا عن شبهة الربا ، والله أعلم » (٢) .

أي أن الآراء السابقة لا تجيز للبنوك أخذ الأجر على خطابات الضمان ، باعتباره عقد كفالة ، ولكن إذا اعتبرنا خطاب الضمان عقد وكالة ، فإنه يمكن للبنك الحصول على مقابل الخدمات والدراسات ، التي يقوم بها البنك للاستعلام عن العميل طالب خطاب الضمان ، ومقابل وكالة البنك عن العميل في تحصيل مستحقاته الخاصة بالمشروع موضوع خطاب الضمان .

وقد حددت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري أنواع العمولات ، التي يمكن للبنك الحصول عليها عند إصدار خطابات الضمان ، كما يلي :

أ - الأجر الذي يتقاضاه البنك مقابل الدراسة التي يتعين إعدادها بواسطة أجهزة البنك المختلفة عن النواحي المالية والاقتصادية والفنية الخاصة بالعميل ، وكذا العملية موضوع خطاب الضمان المطلوب .

---

(١) بنك فيصل الإسلامي المصري ، الاجتماع الثاني عشر لهيئة الرقابة الشرعية المنعقد بتاريخ (١٣٩٨/٨/٦هـ) ، الموافق (١٩٧٨/٧/١١م) .

(٢) بيت التمويل الكويتي ، الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية ، (١٣١/١) وما بعدها .

ب - بعد إصدار خطاب الضمان ، فإن البنك يقوم - بناءً على طلب العميل - بعض الأعمال المرتبطة بخطاب الضمان المذكور ، مثل تحصيل المستحقات المختلفة عن العملية موضوع الخطاب المذكور » (١) .

ويتضح مما سبق ، أن ما يمكن للبنك الحصول عليه في كافة الحالات عند إصدار خطاب الضمان ، وهو مقابل نفقات ، وجهد يتكبده البنك ، ويستحق عنه أجر ، وليس لمجرد الضمان فقط ، وسواء كانت هذه الأعباء قبل إصدار خطاب الضمان ، أو بعد إصداره ، وفقًا للاتفاق بين البنك والعميل طالب خطاب الضمان .

وفي إحدى فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي ، أجاب المستشار الشرعي للبيت - عندما سئل عن حكم أخذ رسوم قدرها خمسة دنانير على الكفالة المصرفية عند تجديدها - بقوله : « يجوز شرعًا أخذ الرسوم على الكفالة المصرفية عند تجديد مدتها ؛ لأن ذلك من قبيل الخدمات المصرفية ، التي يجوز أخذ الأجر عليها ، وتجديد الكفالة مثل إصدارها » (٢) .

ويستفاد مما سبق ، أن حصول البنك على رسوم نظير ما يقدمه لطالب خطاب الضمان من خدمات جائز شرعًا ، سواء عند إصدار الخطاب ، أو عند تجديده بناء على طلب العميل .

وعلى النقيض مما سبق ، يرى محمد باقر الصدر أنه يجوز « للبنك أن يأخذ عمولة على خطاب الضمان ؛ لأن التعهد الذي يشتمل عليه هذا الخطاب يعزز قيمة التزامات الشخص المقاول ، وبذلك يكون عملًا محترمًا ، يمكن فرض جعالة عليه ، أو عمولة من قبل ذلك الشخص » (٣) .

وإذا دققنا النظر إلى الرأي السابق ، نجد أن العلة التي من أجلها أباح الصدر للبنك الحصول على مقابل للكفالة في خطاب الضمان ، ليست المصروفات الإدارية ، أو ما يتكبده البنك من جهد ، أو أعباء مالية ، وإدارية في سبيل إصدار الخطاب ، وإنما العلة

---

(١) بنك فيصل الإسلامي المصري ، الاجتماع رقم (٣٣) والاجتماع رقم (٣٤) لهيئة الرقابة الشرعية بتاريخ ١٢ ، ١٣ / ١٠ / ١٤٠٠هـ ، الموافق ١٣ ، ١٤ أغسطس ١٩٨٠م .

(٢) بيت التمويل الكويتي ، مرجع سابق .

(٣) محمد باقر الصدر ، البنك اللاربوي في الإسلام ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت (١٩٨٣م) .

عنده ، ما يشتمل عليه الخطاب من تعزيز لقيمة التزامات العميل في مواجهة المستفيد .

ويرجع ذلك إلى أن الإمام الصدر ، يرى أنه لا يوجد ما يوجب ربط ضمانات البنك بالكفالة بمعناها المقابل للضمان المالي لدى الفقهاء ، لكي تكون قاصرة عن إنتاج شغل الذمة بالقيمة ؛ لأن الكفالة المقابلة للضمان المالي مختصة بكفالة النفس ، ولا تقتضي عند المشهور أكثر من إحضار المكفول ، ولا يقتضي الضمان المالي في هذه الحالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة ، ولا بمعنى ضم ذمة إلى ذمة ، بل بمعنى التعهد بأداء دين ، أو شرط للدائن ، أو المشترط ، ويترتب على هذا التعهد اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف ، أو عند عدم سداد الحق لصاحبه ، أي أنه لا مانع من تعهد البنك بالشرط بنحو يستتبع اشتغال ذمته بقيمته على تقدير التلف [١] .

وتجدر ملاحظة أنه يجب التفرقة بين خطابات الضمان ، التي يقدم العميل مقابلها غطاءً كاملًا ، وخطابات الضمان التي لا يوجد لها غطاء ، حيث إن تقديم العميل طالب خطاب الضمان للغطاء الكامل يعني أن العلاقة بين طالب الخطاب والبنك هي علاقة الوكالة ، وفي هذه الحالة يمكن للبنك الحصول على أجر مقابل هذه الوكالة ؛ لأنها تصبح بأجر ، أو بدون أجر ، مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد أو المكفول له ، وذلك ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، أما إذا كان خطاب الضمان بدون غطاء فهو عبارة عن ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالًا أو مالًا ، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم الضمان أو الكفالة [٢] ، أي أن العقد بين طالب خطاب الضمان ، والبنك يكون عقد كفالة ، ولا يجوز للبنك في هذه الحالة الحصول على جعل أو مقابل ، أو أجر عن هذا الضمان ؛ لأن الكفالة من عقود التبرعات ، لا يستحق عنها أجر .

ولا يخفى أن أعمال البنوك لا ينطبق عليها حكم التبرعات ، باعتبارها مؤسسات مالية تهدف إلى الاستثمار ، وتحقيق الأرباح ، وتوسيع دائرة التعامل ، وتنشيط الأسواق المصرفية ، وامتداد خدماتها إلى أكبر عدد ممكن من العملاء ، ومن ثم ، فإن خطابات

---

(١) محمد باقر الصدر ، المرجع السابق ، ملحق رقم (١٠) ، (ص ٢٤١ - ٢٤٣) .

(٢) مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دور انعقاده الثاني بجدة خلال الفترة من (١٠ - ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦هـ) ، الموافق (٢٢ - ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥م) .

الضمان لن تكون عملًا رائجًا في البنوك الإسلامية ، لو اعتبرناها من الكفالات التي تقوم على معنى التبرع والإرفاق ، ولعل هذا هو ما دعا هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري ، إلى المطالبة بإحلال أسلوب مشاركة العميل طالب خطاب الضمان ، في تنفيذ الأعمال التي يريدها ، بدلًا من إصدار هذه الخطابات ، ومواجهة المشاكل الشرعية المرتبطة بالحكم الفقهي في جواز قيام البنك باستثمار مبلغ التأمين النقدي ، الذي يدفعه طالب خطاب الضمان ، والذي يدفع كغطاء للخطاب ، سواء بشكل جزئي أو كلي (١) .

وتجدر الإشارة إلى أن فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري ، لا ترى جواز حصول البنك على العمولة عن الضمان ، حتى لو غطى خطاب الضمان بالكامل ، وأن من قال بالجواز مردود عليه ، حيث تقول الفتوى ، والبند الخامس منها ما يلي (٢) :

« وربما يقال : إن خطاب الضمان لو غطي بالكامل ، فلا خوف حينئذ على أموال البنك ، ويمكن لهذا الأخير – في هذه الحالة – أن يتقاضى عمولة من العميل ، نظير ما يقوم به من جهد » .

غير أن هذا القول مردود ؛ لأن خطاب الضمان ، لو غطي بنقد يودعه العميل لدى البنك ، فإن هذا الأخير لا بد وأن يسلك أحد طريقتين :

أ – فإما أن يستثمر المبلغ المودع لديه غطاء لخطاب الضمان ، والاستثمار بطبيعته معرض للكسب ، كما هو معرض للخسارة ، ومن ثم فإن البنك بإقدامه على استثمار هذا المبلغ يعرض الغطاء لاحتمالات الخسارة أو الضرر ، والأولى أن يتم الاستثمار في صورة المشاركة التي سبقت الإشارة إليها بالبند الثاني بعاليه .

ب – أو ألا يستثمر البنك المبلغ المودع لديه غطاء لخطاب الضمان ، وفي حالة عدم الاستثمار تعطيل لتداول المال واستثماره ، وهذا يمثل ضررًا كذلك ، ونفس النتائج تترتب حتى ولو لم يكن الغطاء نقديًا ، فإذا كان أوراقًا مالية مثلًا ، فإن هذه الأوراق

---

(١) د. محمد أحمد سراج ، النظام المصرفي الإسلامي ، دار الثقافة (١٩٨٩م) ، (ص ١٣١ – ١٣٣) .
(٢) مركز الاقتصاد الإسلامي بالمصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية ، دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية ، سلسلة نحو وعي اقتصادي إسلامي (ص ٩١ ، ٩٢) .

بدورها معرضة إما لارتفاع ، أو انخفاض ثمنها .

وكما هو واضح من مضمون البند المذكور من الفتوى المشار إليها ، فإن اعتراض هيئة الرقابة على تقاضي العمولة عن خطاب الضمان الكامل الغطاء ، أو المغطى مائة بالمائة ، يرجع إلى الخوف من احتمالات الخسارة ، أو تعطيل استثمار الأموال ، أو الأعيان المقدمة من العميل إلى البنك كغطاء للخطاب ، ومن ثم إذا استطاعت البنوك الإسلامية التغلب على هذه المخاطر ، فإن تقاضي العمولة يكون جائزًا ، باعتبار العقد بين العميل والبنك عقد وكالة ، مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد ، ولا يخفى أن اقتراح المشاركة ينطوي هو الآخر على مخاطرة الخسارة ، أو الضرر للطرفين : البنك والعميل ، بعكس الحال عند التغطية الكاملة ، حيث يتحمل البنك - فقط - المخاطرة .

وتجدر الإشارة إلى أن هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل السوداني ، رأت أنه يجب التفرقة بين خطابات الضمان التي ليس لها غطاء ، وخطابات الضمان التي لها غطاء جزئي أو كلي ، حيث اعتبرت النوع الأول عقد كفالة ، بينما اعتبرت النوع الثاني عقد وكالة وكفالة معًا ، ورغم ذلك ، فإنها ترى عدم جواز أخذ البنك أجرًا نظير خطاب الضمان ؛ لأن الكفالة من عقود التبرعات ، ويجوز فقط للبنك الحصول على المصروفات ، التي تتطلبها إجراءات إكمال خطاب الضمان [1] .

ويوضح ابن عابدين المنع بأن « الكفيل مقرض في حق المطلوب ، وإذا شرط له جُعْلًا ، مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه ، فهو باطل لأنه ربا » [2] .

ويقرر المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي الأمر بقوله : « لا أعلم من فقهاء الإسلام من أجاز أخذ أجر على الضمان » [3] .

ويرى البعض أن محاولة البنوك الإسلامية لاعتبار خطاب الضمان جزءًا من مشاركة ، أو مضاربة بين المصرف وعميله ، لا تفي بالغرض ؛ لأنها على خلاف قاعدة « الأمور بمقاصدها » ، كما أنها في مضمونها ، تقوم على اعتبار أن الربح يستحق بأسباب ثلاثة هي : المال ، والعمل ، والضمان ، في حين أن المسألة خلاف ذلك في خطابات

---

(١) بنك فيصل الإسلامي السوداني ، فتاوى هيئة الرقابة الشرعية (ص ٦٥) .

(٢) ابن عابدين ، منحة الخالق على البحر الرائق ، (٢٢٤٢/٦) .

(٣) بيت التمويل الكويتي ، الفتاوى الشرعية (ص ٧٠) .

الضمان ، لعدم وجود صلة بين الالتزام الأصلي للعميل تجاه البنك ، والالتزام الأصلي بين العميل والمستفيد ، فإذا كان المدين الأصلي ملتزمًا بتوريد بضائع - مثلًا - للمستفيد ، فلا يجوز أن يلتزم الكفيل بأن يدفع مبلغًا نقديًا في حالة عدم الوفاء ، وفي حالة اتحاد المحل في التزام البنك ، والتزام العميل « المدين الأصلي » - بأن يكون التعهد في الحالتين بدفع مبلغ من النقود مثلًا - فيكون معيار التفرقة بين كون التزام البنك أصليًا أو تابعًا ، هو استظهار إرادة البنك مصدر خطاب الضمان ، أي أن القاعدة العامة أن يكون التزام البنك في خطاب الضمان التزامًا أصليًا غير تابع لالتزام المدين الأصلي ، أي أنه لا يكون عقد كفالة ، ما لم تكن العبارات الواردة في الاتفاق بين البنك والعميل تدل على ذلك ، وفي هذا الحالة نرجع إلى قاعدة « الخراج بالضمان » ، ويمكن للبنك أن يحصل على نصيب ، أو نفع مقابل الضمان استنادًا إلى رأي الكندي « من ضمن مالًا ، فله ربحه » [1] .

كما أن هناك قاعدة تقضي بأن من يتحمل تبعة ضمان شيء وتلف ، يكون من حقه أن يحصل على منفعة من الشيء المضمون ، أي أن البنك بضمانه للعميل في خطاب الضمان ، يكون له نصيب من الربح الذي يعود على العميل من الضمان ، أو من محل الضمان ، أو العملية المضمونة ، وضمان العمل نوع من العمل .

وقد جاء في المادة (١٢٤٧) من مجلة الأحكام العدلية ما يلي [2] :

« إذا أخذ واحد من أرباب الصنائع تلميذًا عنده ، وأعمله ما تقبّله ، وتعهده من العمل بنصف أجرته فيكون جائزًا ، والكسب يعني الأجرة المأخوذة من أصحاب العمل ، كما يكون نصفها مستحقًّا لذلك التلميذ بعمله ، ويكون نصفها الآخر مستحقًّا للأستاذ أيضًا بتعهده وضمان العمل ، فالمثال المذكور قدر حق المتعهد والضامن ، النصف في كسب المتعهد العامل المضمون في عمله » .

ويخلص الرأي السابق الإشارة إليه إلى أنه لا يجوز للبنك تحديد نسبة مئوية من قيمة خطاب الضمان ؛ لأن ذلك فيه شبهة الربا ، بل صريحة ، والأصوب أن يكون للبنك الضامن حظ من كسب العميل ، أو ربحه الناتج عن العملية التي ضمنه فيها البنك ،

---

(١) دكتور عبد الحميد محمود البعلي ، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ، الواقع والآفاق ، مكتبة وهبة .
(٢) مجلة الأحكام العدلية ، المادة (١٠٤٧) ، الطبعة الخامسة (١٩٦٨م) .

وذلك بناءً على الاتفاق بين البنك والعميل ، أي أن عمليات خطاب الضمان - وفقًا لما يجري عليه العمل المصرفي ومستجداته - تخرج عن الكفالة بمعناها الضيق والمباشر ، وتصبح من الأنشطة المصرفية الهامة في البنوك المعاصرة .

ويضاف إلى ما سبق أن العبرة بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني ، في كافة العقود ، وهو ما استقر عليه الفقه الإسلامي ، والمعروف أن البنوك لا تقصد منح قرض للعميل بفائدة محددة ، وليس هناك مقرض ومقترض ، بل إن العرف المصرفي جرى على إصدار البنك ، لتعهد بدفع مبلغ معين لصالح المستفيد ، سواء كان هناك تغطية لخطاب الضمان كلية أو جزئية ، أو عدم وجود تغطية على الإطلاق [١] .

ونحن نميل إلى الأخذ بهذا الرأي ، للتغلب على المشاكل الفقهية المرتبطة بالكفالة ، وبشبهة الربا المحرم .

* * *

---

(١) د. محمد عبد الحميد البعلي ، مرجع سابق (ص ٤٢ ، ٤٣) .

الفَصْلُ الخَامِسُ : الآثار المترتبة على عقد خطاب الضمان

ونتناول في هذا الجزء من الدراسة الموضوعات التالية :

- ضمان العهدة .
- ضمان الدرك .
- ضمان كل الحقوق المالية .
- ضمان كل من وجب عليه حق .
- سريان أحكام الضمان على الأشخاص الاعتبارية .

ونوضح كافة ما سبق كما يلي :

أ - ضمان العهدة :

وهو نوع من الضمان في عقد البيع ، حيث يطلب أحد المتعاقدين كفيلًا لضمان ثمن البيع ، أي أن المستفيد هنا من خطاب الضمان هو البائع ، كما يمكن للمشتري طلب ضمان السلع المبيعة ، للتأكد من عدم وجود مالك آخر لها ، أو إذا تبين أنها معيبة .. إلخ .

ويرى الإمام أبو حنيفة ، أن ضمان العهدة يحتمل ضمان الصك أو الصحيفة ، حيث إنها غير مضمونة على الأصيل ، فدارت الكفالة بالعهدة بين أن تكون بمضمون ، أو بغير مضمون ، فلا تصح مع الشك في وجود شرط الجواز ، وهو كونه مضمونًا على الأصيل ، ومن ثم لا يجوز الضمان في العهدة .

ولكن الصاحبين قالوا بجواز ضمان العهدة وصحة الكفالة فيه ، وذلك بالتوسع في

مقصود الضمان وتحقيقًا لأهدافه أو أغراضه ، ولما كانت المقاصد معتبرة في التشريع ، فإن ضمان العهدة يكون جائزًا (١) .

غير أن مجلة الأحكام العدلية نصت في المادة ٦٣١ على ما يلي : « يلزم في الكفالة بالمال أن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل ، بمعنى أن يكون إيفاؤه متوجبًا على الأصيل ، فتصح الكفالة بثمن المبيع ، وبدل الإجارة ، وسائر الديون الصحيحة ، كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب » ، وفي المادة ٦٣٢ من المجلة نجد أن « الكفالة تنعقد بكل ما يدل على التعهد ، والالتزام في العرف والعادة ، فلو قال : أنا كفيل ، أو ضامن ، أو مسؤول ، أو غير ذلك من الألفاظ الدالة على ذلك ، انعقدت الكفالة » ، كما توضح نفس المادة ، أن ضمان ما يثبت ، أو ما يدرك في البيع جائز ، ولكن لا يجوز ضمان الخسران (٢) .

ويوضح الإمام باقر الصدر ، أن ضمان العهدة هو تعهد بأداء الشرط ، بحيث يستتبع اشتغال الذمة بقيمته بوصفه فعلًا ذا مالية ، إذا تلف على المشترط ، وتتحول العهدة إلى اشتغال الذمة بقيمتها ، وكذلك العهدة الجعلية ، وهو أداء الدين ، أو الشرط بوصفه فعلًا له مالية « لا نفس الدين » ، وكما إذا تلفت العين المغصوبة ، تتحول العهدة القهرية إلى اشتغال الذمة بقيمة العين ، كذلك إذا تلف أداء الدين ، أو أداء الشرط على الدائن والمشترط بسبب امتناع المدين ، والمشروط عليه عن الأداء الذي يعتبر نحو تلف للفعل على مستحقه عرفًا ، تحولت العهدة الجعلية إلى اشتغال الذمة بقيمة ذلك الفعل ، أي بقيمة أداء الدين أو أداء الشرط ؛ لأن اشتغال الذمة بقيمة المال عند تلفه من اللوازم العقلائية (٣) ، لمعنى دخول ذلك المال في العهدة ، فأي مال دخل في العهدة ، سواء كان عينًا ، أو فعلًا له مالية ، وسواء كانت العهدة قهرية ، كعهدة الغاصب ، أو جعلية بسبب اشتغال ذمة صاحب العهدة بقيمته عند تلفه ، فبعد فرض إمضاء العهدة الجعلية عقلائيًا وشرعًا ، يترتب عليها لازمها من اشتغال الذمة بالقيمة على تقدير التلف (٤) .

ويستفاد من الآراء السابقة أن ضمان العهدة جائز شرعًا ، باعتبار المقصد فيه ، كما

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، (٩/٢) .

(٢) مجلة الأحكام العدلية ، المادة (٦٣١) ، المادة (٦٣٢) ، شرح سليم رسم باز .

(٣) يقصد باقر الصدر بالعقلائية الأفكار المنطقية التي يقبلها العقل بشكل مجرد عن أية غيبيات .

(٤) محمد باقر الصدر ، البنك اللاربوي في الإسلام ، مرجع سابق (ص ٢٣٩) .

أن العهدة تحتمل الدرك ، وضمان ثمن المبيع ، ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك ، إذا كانت الكفالة بمضمون ، حيث إن ضمان العهدة ، يصبح مثل ضمان الدرك في هذه الحالة .

ب - ضمان الدرك :

ويقصد به ضمان الثمن عند استحقاق المبيع ، فإذا استحق المبيع ، يخاصم المشتري البائع أولًا ، فإذا قضى عليه بالثمن ، يكون قضاء على الكفيل ، وله أن يأخذ من أيهما شاء (١) ، وقد سبق أن أوضحنا أن ضمان الدرك مثل ضمان العهدة عند معظم الفقهاء ، وأن الإمام أبا حنيفة يرى أنه يوجد فرق بين الاثنين ، وأن اختلاف الأساس دليل اختلاف المعاني .

غير أن المستقر في الفقه الإسلامي ، وفي العرف الجاري بين الناس ، أن ضمان العهدة مثل ضمان الدرك ولا اختلاف بينهما ، ويكون الضمان فيهما صحيحًا ؛ لأن المقاصد معتبرة في التشريع ، كما أن كليهما يتعلق بعقد البيع ، سواء كان المضمون له البائع ، أو كان المضمون له المشتري ، الذي يطلب ضمان المبيع عند الاستحقاق .

ج - ضمان كل الحقوق المالية :

ويقصد به ضمان كل حق مالي متعلق بالأشخاص في الحقوق المالية الثابتة ، وقد أوضح ابن رشد في كتابه « بداية المجتهد » أن الحمالة بالمال تجوز بكل ثابت في الذمة إلا الكتابة ، وما لا يجوز فيه التأخير ، وما يستحق شيئًا فشيئًا مثل النفقات على الأزواج ، وما شابهها (٢) ، أما ابن قدامة فيقول بصحة الضمان في كل حق من الحقوق المالية الواجبة ، أو التي تؤول إلى الوجوب ، كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده ، والأجرة ، والمهر قبل الدخول أو بعده ، إذ إن هذه الحقوق لازمة ، وجواز سقوطها لا يمنع من ضمانها ، مثال ذلك : الثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار ، ويجوز أن يسقط برد بعيب ، أو مقابلة (٣) ويعني ما سبق أن ضمان كافة الحقوق المالية ، يسمح باستيعاب كافة الصور المستجدة في المعاملات المالية أو المصرفية المعاصرة ، وذلك بالإضافة إلى استيعاب كافة المعاملات المدنية ذات الطبيعة المالية ، أو التي تتعلق بها حقوق مالية للغير ، كالبيع ،

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، (٩/٢) .
(٢) ابن رشد ، بداية المجتهد ، (٢٩٨/٢) .
(٣) ابن قدامة ، المغني ، (٥٩٣/٤ - ٥٩٤) .

والشراء ، والمناقصات ، والعطاءات ، والتوريد .. إلخ .

د – ضمان كل من وجب عليه حق :

يلتزم الأشخاص في خطابات الضمان بأداء الحقوق المالية ، فيصح الضمان لكل من وجب عليه حق ، سواء كان على قيد الحياة أو كان ميتًا ، موسرًا أو معسرًا ، ولا يصح الاقتضاء ، إلا إذا صح الضمان من الشخص الذي صدر منه ، ويعم ضمان كل من وجب عليه حق كافة الأشخاص ، من أجل تعزيز الثقة في العميل ، وتقوية موقفه أمام المستفيد من خطاب الضمان ، وتسهيل حركة المعاملات ، أو النشاط التجاري ، والاقتصادي في نفس الوقت ، وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه أتي بجنازة فقالوا : يا رسول الله ، صلِّ عليها قال : « **هل ترك شيئًا** » ؟ قالوا لا ، قال : « **عليه دين ؟** » قالوا : « **ثلاثة دنانير** » ، قال : « **صلُّوا على صاحبكم** » ، فقال أبو قتادة : صلِّ عليه يا رسول الله ، وعليَّ دينه ، فصلى عليه » (١) .

ويعني مضمون الحديث ، أن الكفالة عن الميت جائزة شرعًا ، ويلتزم الكفيل بما تكفل به ، سواء كان الميت غنيًّا ، أو فقيرًا ، ولا رجوع له في مال الميت ، ورغم ما سبق ، فقد أجاز مالك للكفيل الرجوع على مال الميت ، إذا كان له مال (٢) .

بيد أن الإمام أبا حنيفة يرى أنه لا تصح الكفالة عن ميت مفلس ؛ لأن الدين ساقط في هذه الحالة ، والكفالة بالدين الساقط باطلة ، والحديث المذكور يحتمل أن يكون إقرارًا بكفالة سابقة ، فإن لفظ الإقرار والإنشاء في الكفالة سواء ، ويحتمل أن يكون عهدًا وليس كفالة .

ويرد الفقهاء على قول أبي حنيفة ، بأن إحدى روايات الحديث جاء فيها قول أبي قتادة « أنا أتكفل به » ، وهو ما يدل على أنها كفالة صريحة ، وليست تعهدًا ، ولا يحمل النص إخبارًا بما مضى .

وقد أوضح ابن قدامة ، أن حديث أبي قتادة صريح في صحة الكفالة عن الميت ، وعن كل من وجب عليه حق – حيًّا كان أو ميتًا – مليئًا كان أو مفلسًا – لعموم لفظ الحديث (٣) .

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ، الجزء الثالث ، كتاب الكفالة ، (ص ١٢٦) .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، (٣٣٦/٣ – ٣٣٨) .

(٣) ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، (٥٩٣/٥) .

وروي أن علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - ضمن درهمين عن رجل ميت ، فقال له الرسول ﷺ : « **جزاك الله عن الإسلام خيرًا ، وفك رهانك ، كما فككت رهان أخيك** ، ثم قال : **ووف حق الغريم عليك وبري الميت منه** » (١) ، ويعني ما سبق أن الرسول ﷺ قد أجاز الكفالة عن الميت حتى تبرأ ذمته ، وينتقل دينه إلى ذمة الكفيل .

هـ - سريان أحكام الضمان على الأشخاص الاعتبارية :

يدور الجدل حول فكرة الشخصية الاعتبارية ، أو المعنوية في الفقه الإسلامي ، ومدى الاعتماد عليها ، وما يتاح لها من ذمة مالية مستقلة ، ومدى الحاجة إليها في الفقه الإسلامي .

وهناك العديد من الآراء الرافضة لفكرة الشخصية الاعتبارية ، تستند إلى ما يلي (٢) :

١ - الربط بين العقيدة ، والمعاملات في المنهج الإسلامي يتناسب مع الشخصية الطبيعية ، وليست المعنوية ، وهذا يختلف عن المنهج الوضعي الذي يعتمد على الاعتبارات المادية فقط .

ويمكن الرد على ما سبق بأن الشخصية الاعتبارية مستوحاة من الشخصية الطبيعية ترتيبًا وتنسيقًا لأحكام عملية ، بهدف التيسير على الناس في معاملاتهم دون أدنى مخالفة لأي أمر من أمور العقائد الإسلامية الراسخة ، وذلك بالإضافة إلى أن المقاصد الشرعية ، تعتمد على حفظ المال وتنميته وتشغيله ، وهو ما يلزم لتحقيقه التعامل مع الشخصية الاعتبارية لكيانات مادية ، حتى يمكنها حفظ المال وضمانه واستمراره بدلًا من كنزه ، أو تعطيله ، أو تجديده ، وكلها أمور لا تقرها الشريعة الإسلامية .

٢ - لم يعترف الفقهاء بوجود ذمة مالية لبعض الشخصيات الاعتبارية ، مثل الوقف وبيت المال ، رغم إسنادهم بعض الأحكام الفقهية إليها .

ويمكن الرد على هذا الرأي ، بأن الذمة التي تثبت للإنسان ، يمكن أن تثبت للشخصية الاعتبارية أيضًا ، حيث إنها وصف شرعي مقدر وافتراضي وليس ذاتًا ، مثلما هو الحال في القانون الوضعي الذي ينظر إلى الذمة ، على أنها مجموعة من الحقوق المالية الموجودة أو المحتملة ، والالتزامات الموجودة ، أو المحتملة الوجود ، لشخص ما ، أي أنها

---

(١) الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، الجزء الخامس .

(٢) د. عبد العزيز الغامدي ، المشاركات في الفقه الاقتصادي الإسلامي بين الأصالة والتجديد (ص ٤٨) .

ذات وليست وصفًا ، وبقصد تحقيق حرية المدين في التصرف في بعض أمواله ، أو تحقيق ضمان عام للدائنين على مجموع أموال المدين ، كوحدة مستقلة عن الأموال المكونة لها ، سواء الموجودة حاليًا أو المحتملة الوجود في المستقبل .

وبذلك ، فإن الذمة في القانون الوضعي ، تختلف عن الذمة في الفقه الإسلامي حقًّا ، ولكن ذلك لا ينفي إثبات الحقوق ، والواجبات لها في الفقه الإسلامي ، وذلك بالنسبة للشخصية المعنوية - أيضًا - يجوز وهو ما أوضحه كثير من الفقهاء الذين أثبتوا الذمة للوقف والمساجد ، وبيت المال .

ويلاحظ أن الإمام الشافعي اعتبر مجموع المال كالمال الواحد ، في وجوب الزكاة - خلافًا لجمهور الفقهاء - وهو ما يدل على وجوب الزكاة في أموال المؤسسات ذات الشخصية الاعتبارية (١) .

٣ - رتب القانون الوضعي بعض الآثار - مع الأخذ بمفهوم الشخصية الاعتبارية - التي لا تتفق مع الشريعة الإسلامية ، مثل تخصيص ذمة الشركة للوفاء بديونها ، ولا يجوز لدائني الشريك الحصول على حقوقهم من حصة الشريك في رأس المال قبل تصفية الشركة إلا من الأرباح ، واستقلال التفليسات الجنسية للشركة والشركاء ، عدا شركة التضامن ، والتوصية البسيطة ، وذلك بالمخالفة لأحكام الحجر في الفقه الإسلامي .

ومن الأمثلة الأخرى ، خروج الشريك عن ملكه ، وانتقالها إلى ملك الشركة ، باعتبار الشخصية المعنوية المستقلة للشركة ، وهو ما لا يتفق مع الشريعة الإسلامية في الملكية ، وحق المالك في التصرف في ملكه في حدود ما شرعه الله ، وحصة الشريك في الشركة مازالت في ملكه .

ويمكن الرد على ما سبق ، بأن الشركة في الفقه الإسلامي لا تجوز في المثليات ، إلا بعد الخلط خلطًا لا يتأتى معه تميز مال الشركاء ، وأن يكون ذلك قبل التصرف فيه ، ولا يكون شركة إلا بالخلط ، وحتى يكون الربح في مال مشترك بين الشركاء يوزع بينهم حسب حصة كل منهم في رأس المال ، ويكون الخلط شرطًا في الضمان ، ويكتفى بالخلط ولو حكمًا (٢) .

---

(١) د. يوسف القرضاوي ، فقه الزكاة ، (٢٧٨/١) .

(٢) حاشية الدسوقي ، (٣٥٠/٣) .

وفيما يتعلق بتخصيص ذمة الشركة للوفاء بديونها ، ومنع دائني الشريك من تقاضي ديونهم من حصة الشريك في الشركة قبل تصفيتها - إلا من الربح المحقق ، ومخالفة ذلك لأحكام الحجر في الفقه الإسلامي - يمكن الرد عليه بأن الفقهاء لم يستثنوا المال المشترك من البيع ، وإنما ما يلزم لسد الحوائج الأصلية ، وما زاد ينفذ عليه ، وهذا وارد - أيضًا - في القانون الوضعي ، والاختلاف يعكس نظرة كل من القانون الوضعي والفقه الإسلامي إلى الشركة ، حيث إن الطابع الشخصي هو الأصل في الشركات وفقًا للفقه الإسلامي ويتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في حالة شركات التضامن ، وشركات التوصية ، وفي حق الدائنين في الحصول على حقوقهم من الأرباح في الشركة إذا تحققت ، وبما يحقق المصلحة العامة للشركاء [(١)] .

٤ - النص في عقد المشاركة على توكيل من تتوفر فيه الأهلية للقيام بإدارة الشركة ، يتفق مع نظرة القانون الوضعي إلى الشركة ، ومبررات الأخذ بمبدأ الشخصية المعنوية ، وللرد على ذلك ، نرى أن وكالة المدير أو من يمثل الشركة في التصرفات تأتي كنتيجة لكيان صحيح الانعقاد ، يتمتع بالشخصية الاعتبارية [(٢)] ، ولذلك نجد أن بعض الفقهاء المحدثين يرى أن الفقه الإسلامي لم يعترف للشركات - على وجه الخصوص - بشخصية مستقلة عن شخصية الشركاء ، ويجب أخذ إذنهم في القرض والاقتراض ، أو تفويضهم لمدير العمل أو التجارة ، وإلا كان التزام أحد الشركاء عن سائرهم التزامًا غير واجب في حقهم [(٣)] .

وفي ضوء ما سبق ، يقرر كثير من الفقهاء المعاصرين أن الشريعة الإسلامية قد عرفت - من يوم وجودها - الشخصيات المعنوية ، مثل بيت المال ، والوقف ، والمدارس ، والملاجئ ، والمستشفيات ، وجعلت هذه الجهات أو الشخصيات الاعتبارية أهلًا لتملك الحقوق والتصرف فيها [(٤)] .

ويرى البعض الآخر أن مفهوم الشخصية الاعتبارية ، نشأ في إطار الفلسفة الوضعية ، وأن التفكير الإسلامي قد اضطر إلى الاعتراف به لأسباب عملية ، خاصة بعد ظهور

---

(١) د. عبد الحميد محمود البعلي ، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ، مرجع سابق ، (ص ١٠٣ ، ١٠٤) .
(٢) المرجع السابق (ص ١٠٤) .
(٣) الشيخ سيد عبد الله حسين ، المقارنات التشريعية ، (١٩٤٧م) ، (١/ ٧٨) .
(٤) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي ، (١/ ٣٩٢) .

المشروعات الضخمة ، والمؤسسات المالية الكبيرة [١] .

ويدلل البعض على اعتراف الفقه الإسلامي بالشخصية الاعتبارية بالخلاف ، أو الجدل بين الفقهاء حول توزيع أرباح الشركات ، وتحديد وقت ملكية الشركاء ، والمضارب للربح ، إذ إن الراجح في المذهب الشافعي ، والمذهب المالكي ، ومذهب بعض الحنابلة ، أن الربح لا يملك إلا بالقسمة ، وهو دليل على أن الربح قبل القسمة بين الشركاء يكون مملوكًا للشركة ، إذ لا يوجد ملك بدون مالك ، وكذلك استحقاق المضارب ورب المال للشفعة في العقار الذي يؤول إلى المضارب أو رب المال لنفسيهما ، إذا وجد سبب المطالبة بها ، وهو ما يدل على استقلال الذمة المالية للشركة ، وحقوقها ، عن ذمة المشتركين وحقوقهم [٢] .

ومن كل ما تقدم نجد أن الشخصية الاعتبارية ، تفرضها ظروف التطورات الاقتصادية ، ولا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، ولذلك فقد حرصت البنوك الإسلامية على أن تتخذ الشخصية الاعتبارية المستقلة عن شخصية الشركاء المؤسسين بما يتيح لها أهلية خاصة في التعاقد ، والتصرفات المالية ، والقانونية ، مستقلة عن أهلية الشركاء ، أو المؤسسين ، أو المديرين ، أو أصحاب الحقوق فيها .

وبناءً على ما سبق ، فإنه يمكن لأحد البنوك الإسلامية إصدار خطاب ضمان ، أو كفالة مصرفية إلى شخصية اعتبارية (مكفول عنه) لصالح شخصية اعتبارية أخرى (مستفيد) ، في الوقت الذي يتمتع فيه البنك الإسلامي ذاته بالشخصية الاعتبارية ويمكن لكل جهة ، أو شخصية اعتبارية ، أن توكل عنها شخصية طبيعية تمثلها أمام الغير ماليًا ، أو قانونيًا ، أو إداريًا بغرض تسهيل المعاملات بين كافة الأطراف .

وقد جاء في الفتوى رقم (٦٣) من فتاوي هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي في الرد على مسؤولية بيت التمويل الكويتي ، ومسؤولية شركة الشحن – وهي شخصيات اعتبارية – عن عدم وصول البضاعة ، وقيام شركة التأمين بدفع التعويض والرجوع على شركة الشحن ما يلي :

« إذا صدر الضمان من الواعد بالشراء بأنه ضامن لكل ما يطرأ من المصدر في تقصير

---

(١) د. عيسى عبده ، العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية (ص ٢٥) .

(٢) د. محمد أحمد سراج – النظام المصرفي الإسلامي ، مرجع سابق (ص ٥٩) .

من التزامه ، فإن هذا الضمان مقبول شرعًا ، وهو من قبيل ضمان الدرك ، فيكون الواعد بالشراء ضامنًا للضرر ، ولكن لا سبيل إلى إلزامه بعقد الشراء الذي وعد به ؛ لأن محل العقد أصبح معدومًا ، أو مغيبًا » (١) .

ويستفاد مما سبق ، جواز الضمان أو الكفالة فيما بين الأشخاص الاعتبارية ، وقد جاء في فتاوى ندوة البركة الإسلامية الثانية ، والمنعقدة في تونس بتاريخ ٤ - ٧ نوفمبر ١٩٨٤م السؤال التالي ، والرد عليه :

السؤال : شركة مسجلة باسم مجموعة من الناس ، ولها اسم تجاري ، وشخصية قانونية مستقلة ، وقد عرض مالكو الشركة أن يبيعوا حصصًا من رأس المال « أسهمًا » بشرط إبقاء إدارة الشركة في يد من يملكون الاسم التجاري والتسجيل القانوني ، حيث يتصرف هؤلاء المالكون في موجودات الشركة الحقيقية القائمة بصفة العامل في مال المضاربة ، فهل يجوز الاتفاق على ذلك ؟

الفتوى : يجوز الاتفاق على بيع حصص ، أو أسهم في شركة ذات موجودات حقيقية ليست مقتصرة على الديون والنقود أو أحدهما ، بشرط احتفاظ البائعين باسم الشركة ، وإبقاء إدارتها في يد من يملكون الاسم التجاري ، والتسجيل القانوني للشركة ، ويكون مالكو الأسهم المبيعة - بهذا الشرط - بمثابة رب المال في المضاربة الشرعية بشروطها (٢) .

ويدل مضمون الفتوى والسؤال على أن الشخصية الاعتبارية أو القانونية المستقلة معترف بها في الشريعة الإسلامية ، ولها مباشرة كافة التصرفات المالية والقانونية ، ومنها بيع بعض الحصص ، أو الأسهم في شركات أخرى ، مع استمرار بقاء الشخصية المعنوية ، والاسم التجاري ، والتسجيل القانوني للشركة .

وقد جاء في فتوى هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامي السوداني أنه يجوز للبنك - عندما يشارك غيره - أن يطلب ضامنًا يضمن له ما يضيع عليه من ماله بتعد أو بتقصير منه ، سواء كان التمويل بالمشاركة في صفقة معينة ، أو بالمشاركة المتناقصة

---

(١) بيت التمويل الكويتي ، فتاوى هيئة الرقابة الشرعية ، الفتوى رقم (٦٢) .

(٢) مركز الاقتصاد الإسلامي ، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية ، دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية ، مرجع سابق (ص ٩٢ ، ٩٣) .

« المنتهية بالتمليك » رغم أن كل شريك وكيل في التصرف في مال شريكه ، وأمين عليه ، والأمين لا يضمن الأمانة إلا إذا تعدى ، أو قصر في حفظها ، ويكون الضمان بعد وجوب الحق باتفاق الفقهاء ، ويجوز الضمان قبل وجوبه عند الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة [١] ، ويلاحظ أن الفتوى لم تفرق في طلب البنك للضمان بين الشريك ذي الشخصية الطبيعية ، أو الشريك ذي الشخصية الاعتبارية ، فيصح الجميع .

وقد أوضحت فتوى أخرى من فتاوى ندوة البركة الإسلامية الثانية ، جواز اشتراك بنك إسلامي آخر في شراء كامل أسهم شركة ، يساهم فيها مصرف إسلامي آخر ، شريطة أن يتم الإعلان عن اسم البنك ، أو المؤسسات المنظمة ، كلما طرأ تغيير على أسماء المشاركين بالإيجاب [٢] ، وبذلك نجد أن هناك ثلاث شخصيات اعتبارية في مثل هذه المشاركات ، ويجوز لأي شخصية منها طلب خطاب ضمان من الشخصية الاعتبارية الأخرى ، سواء بعد وجوب الحقوق ، عند جمهور الفقهاء ، أو قبل وجوبها ، لدى البعض من الأحناف والمالكية والحنابلة .

والخلاصة أن الشخصية الاعتبارية أصبحت مثل الشخصية الطبيعية ، يقرها الفقه الإسلامي ، ويعترف لها بكافة الحقوق المالية والتصرفات والالتزامات ، وبشكل مستقل عن شخصية الشركاء ، ويرجع ذلك إلى أن طبيعة الظروف الاقتصادية ، ومتطلبات المصالح العامة ، تتطلب هذا الاعتراف ، تيسيرًا للأمور المالية والإدارية والقانونية ، وبذلك فإن أحكام خطاب الضمان تسري جميعها على الشخصيات الاعتبارية مثلها في ذلك مثل الشخصيات الطبيعية سواء بسواء ، أي أن البنك الإسلامي يستطيع إصدار خطاب ضمان لكفالة شخصية اعتبارية أو لصالح شخصية اعتبارية ، ويمكن للبنك الرجوع على المكفول عنه إذا كان شخصية اعتبارية ، أيضًا ، ويحصل على قيمة خطاب الضمان ، إذا قام بسدادها إلى المستفيد ، وذلك من الذمة المالية للشخصية الاعتبارية ، دون أن يمتد ذلك إلى الملكية الخاصة للشركاء الطبيعيين في الشخصية الاعتبارية ، عدا شركات التضامن والتوصية ، التي تمتد المسؤولية فيها إلى الذمة المالية للأشخاص ،

---

(١) بنك فيصل الإسلامي السوداني ، فتاوى هيئة الرقابة الشرعية ، استفسار رقم (٧) ، (ص ١٠٩) .
(٢) مركز الاقتصاد الإسلامي ، المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية ، دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية ، مرجع سابق (ص ٩٤) .

والرجوع على ممتلكاتهم الخاصة إذا عجزت الشركة عن الوفاء بالحقوق المقررة للدائنين ، ومنهم البنك الكفيل ، ويرجع ذلك إلى ضم ذمة البنك إلى ذمة العميل طالب خطاب الضمان إذا كان شخصية اعتبارية ، والتزام البنك بالسداد إلى المستفيد دون الرجوع إلى العميل ، أو الحصول على موافقته على السداد ، ومن ثم يحق للكفيل أن يرجع على المكفول عنه بعد الوفاء بالحقوق ، على رأي جمهور الفقهاء ، سواء كان هناك غطاء لخطاب الضمان بشكل كلي أو جزئي ، أو في حالة عدم وجود غطاء على الإطلاق ، كما أن موت أحد الشركات ، أو جميعهم ، لا يسقط الكفالة عن الشخصية الاعتبارية ، ولا يمنع البنك من الرجوع عليها للحصول على ما قام بسداده من حقوق للمستفيد ، بناء على طلب العميل « الشخصية الاعتبارية في هذه الحالة » .

وتعتبر الشركات المستحدثة من أهم الشخصيات الاعتبارية في العصر الحديث ، إذ يقول الشيخ « علي الخفيف » رَحِمَهُ اللهُ : « إن الشركات المستحدثة الوضع ، يمكن اعتبارها من متفرعات الشركات الفقهية ، وأن لا عبرة لاختلاف الأحكام ، ما دام ذلك لا يتعارض مع أصل من أصول الدين كلية ، فاختلاف الأحكام يرجع إلى مقتضيات التطور ، وما تتطلبه مصلحة الناس ، واختلاف الأحكام مقبول شرعًا ، متى كانت الأحكام لا تتعارض مع أصل من أصول الدين الكلية (١) .

ويقول الشيخ محمد يوسف موسى : « إن شركة المساهمة تتوافر فيها الشروط الشرعية ، فليس ما يمنع الإسهام فيها ، فالأسهم تنال نصيبها من الربح إذا ما ربحت الشركة ، وتلحقها الخسارة إذا ما خسرت » (٢) .

ويوضح ما سبق أن شركات المساهمة - وهي مؤسسات ذات شخصية اعتبارية - يقرها الفقه الإسلامي رجوعًا إلى مقتضيات التطور ، ومصالح الناس ، طالما أنها لا تتعارض مع أصول الدين الإسلامي الحنيف ، وتتوافر فيها الشروط الشرعية للشركات ، والمساهم فيها يخضع لاحتمالات الربح أو الخسارة ، كما أنها لا تتعامل بالفوائد الربوية أخذًا أو عطاءً .

* * *

(١) علي الخفيف ، الشركات في الشريعة ، (٢/١٥٩ ، ١٦٠) .
(٢) محمد يوسف موسى ، الإسلام ومشكلاته (ص ٥٨ - ٦٤) .

الفَصْلُ السَّادِسُ : نموذج لخطاب الضمان يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية

تبين لنا مما سبق ، أن خطاب الضمان أصبح من الأعمال أو الخدمات المصرفية التي دعت إليها الظروف الاقتصادية المعاصرة ، نظرًا لما يحققه من دعم للثقة في العميل أمام الغير ، وما يرتبط بذلك من ازدهار لحركة التجارة الداخلية والخارجية ، والتبادل في السلع والخدمات ، وتنشيط الاقتصاد القومي .

كما تبين لنا كذلك ، أنه لا فرق بين الشخصيات الاعتبارية ، والشخصيات الطبيعية ، بالنسبة لأحكام خطاب الضمان ، وذلك اعترافًا من الفقه الإسلامي بأهمية الكيانات المعنوية ، ومقتضيات التطور الاقتصادي ، والاجتماعي ، وتحقيقًا لمصالح الناس ، وذلك مع وجود بعض التحفظات الخاصة بمشروعية النشاط ، والبعد عن الربا ، والاحتكار ، والاستغلال ، وحق الرجوع على الشركاء ، وممتلكاتهم الخاصة ، في حالة شركات التضامن ، والتوصية فقط ، إذا لم تكف الذمة المالية للشركة للوفاء بحقوق الدائنين ، أو حقوق البنك الذي أصدر خطاب الضمان للعميل لصالح المستفيد ، إذا ما قام الأخير بمصادرة الخطاب حال وجود إخلال بتعهدات العميل ، أو عدم الالتزام بحسن تنفيذ الأعمال المسندة إليه .. إلخ .

وقد رأينا مما سبق ، أن معظم الفقهاء يرون أن البنك لا يحق ، ولا يجوز له اشتراط الحصول على نسبة مئوية محددة من قيمة خطاب الضمان ، لوجود شبهة الربا ، والرشوة في ذلك ؛ ولأن خطابات الضمان من عقود الكفالات القائمة على التبرع ، ومن ثم يجوز للبنوك – فقط – الحصول على المصروفات الإدارية والفنية ، والمتنوعة التي تنفقها من أجل إصدار خطاب الضمان ، وذلك بالإضافة إلى جواز الحصول على نصيب من الأرباح التي تحققت نتيجة ضمان البنك للعميل ، باعتبار الضمان من

الأعمال النافعة ، أو أن ضمان الأعمال نوع من العمل ، يحق للعامل الحصول على مقابل له ، وذلك باتفاق الطرفين : البنك والعميل .

وقد سبق لنا إيضاح محاولات المصارف الإسلامية للتغلب على العقبات السابقة ، باقتراح مشاركة البنك الإسلامي للعميل ، في العملية التي يطلب من البنك إصدار خطاب الضمان من أجلها ، بيد أن بعض الكتاب يرى أن ذلك لا يفي بالغرض ؛ لأنه يخالف قاعدة (الأموال بمقاصدها) ، ولعدم وجود صلة بين الالتزام الأصلي بين البنك والعميل ، والالتزام الأصلي بين العميل والمستفيد ، مما يجعل الضمان ليس من أسباب تحقيق الأرباح ، إلا في حالة اتحاد المحل في الالتزام ، فتكون إرادة البنك هي المعيار لتطبيق قاعدة (الخراج بالضمان) ، حيث يستطيع البنك في هذه الحالة الحصول على نفع مقابل الضمان ، استنادًا على ما قاله شريح بن الحارث الكندي : (من ضمن مالًا فله ربحه) كما سبق القول ، وقد سبق الإشارة إلى أن التغطية الكلية ، أو الجزئية لخطاب الضمان توجب على البنك العمل على استثمار الغطاء ، حتى لا يبقى معطلًا لا يستفاد به ، وهو ما قد يؤدي إلى تحقيق أرباح ، أو إلى تحقيق خسائر ، وهي مخاطرة قد تجعل من الصعوبة بمكان التزام البنك بإعادة الغطاء المقدم من العمل للبنك مقابل إصدار خطاب الضمان بعد انتهاء فترة الصلاحية .

ونوضح - فيما يلي - النماذج الحالية المطبقة في البنوك الإسلامية ، ثم نحاول بعد ذلك اقتراح نموذج عملي لخطاب الضمان ، يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية .

أ - النماذج الحالية :

ولعل أهم النماذج المطبقة حاليًا نموذج (بنك فيصل الإسلامي المصري) وتقوم فكرته على التزام البنك بتغطية احتياجات الشركة التمويلية ، وخطابات الضمان للدفعات المقدمة عن طريق فتح حساب مشاركة ، على أن تقوم الشركة بوضع حساباتها ، وإيراداتها لدى البنك ، وتتم المحاسبة وفقًا لما يلي :

١ - التمويل المباشر للعمليات : ويحق له الاشتراك في الأرباح بنسبة قيمة التمويل السنوية إلى رأس المال المدفوع ، ويتم حساب قيمة التمويل على أساس حساب النمر اليومي ، بعد خصم إيرادات الشركة من مسحوباتها في حسابها لدى البنك .

٢ - تحتسب قيمة ٢٥٪ من قيمة إجمالي خطابات الضمان ، كتمويل على أساس النمر .

٣ - تحصل الشركة على ٣٠٪ من الأرباح مقابل الإدارة قبل توزيع الأرباح .

٤ - تحتسب قيمة الخدمات المصرفية نظير أجر مقطوع ، أو بنسبة من الأرباح .

٥ - تقدم الشركة مركزًا ماليًا كل ثلاثة أشهر ، ويقدم لها البنك كشف حساب عن نفس الفترة ، وتقوم الشركة برد أصل خطاب الضمان الصادر باسم الشركة في نهاية مدة الاتفاق ، إذا لم يتم تجديده لمدة أخرى .

ورغم أن هذا النموذج قد ساهم في حل مشكلة الضمان ، واعتراض الفقهاء على تقاضي أجر عنها ، باعتبارها من عقود التبرعات ، إلا أن البنوك الإسلامية لم تهتم به كثيرًا ، لعدم دراية العاملين فيها بالتطورات الحديثة في أسواق النقد ، وظهور أساليب وأدوات جديدة للتمويل قصير الأجل [1] .

ويلاحظ على النموذج اتجاهه إلى اعتبار نسبة من قيمة خطابات الضمان بمثابة جزء من التمويل قصير الأجل في العقد الشامل ، يشترك في الربح والخسارة ، أي أن بقية قيمة خطاب الضمان لا تعتبر كذلك ، رغم عدم وجود غطاء لها - كما يتضح مما سبق - وبذلك تبقى مشكلة تقديم البنك لـ ٧٥٪ من قيمة خطاب الضمان بدون تغطية ، وبدون الحصول على نفع ، أو مقابل لهذا الضمان ، وهو ما يعرض أموال البنك للمخاطرة .

من ناحية أخرى ، نجد أن البنك يحتسب ربع قيمة خطاب الضمان ضمن قيمة المشاركة ، رغم عدم وجود احتمالات قاطعة بسداد قيمة الخطاب فعلًا إلى المستفيد ، وبالتالي ، فإن البنك يحصل على أرباح عن إيرادات ، أو مصادر تمويل لم تدفع فعلًا إلى الشركة ، وإن تم فقط احتسابها ضمن رأس المال للمشاركة ، وقد كان العقد الموقع بين بنك فيصل الإسلامي المصري ، وإحدى شركات الاستثمار واضحًا في ذلك ، حيث نص في البند التاسع على ما يلي :

تعتبر ٢٥٪ من إجمالي قيمة خطابات الضمان الصادرة لجميع العمليات ، بمثابة

---

(١) يوسف كمال محمد ، فقه الاقتصاد النقدي ، دار الصابوني ، دار الهداية - القاهرة (١٩٩٣م) ، (ص ٢٢٧ - ٢٢٢) .

تمويل حقيقي ، يستحق عليه العائد ، شأنه في ذلك شأن التمويل المباشر ، ويحتسب ضمن قيمة التمويل الذي يساهم به البنك ، والبالغ ثمانمائة ألف جنيه [١] .

وهكذا نجد أن النموذج - الذي طبقه بنك فيصل الإسلامي المصري - لم يقدم حلًّا مقبولًا لمشكلة الحصول على عائد نظير الضمان المصرفي ، خاصة وأن البنك يشارك في الربح ، ولا يشارك في الخسارة ، ولا يخفى أن النموذج السابق لا يقدم حلًّا كذلك لمشكلة اختلاف محل الضمان ، في العلاقة بين العميل والمستفيد عنها بين البنك والعميل ، فقد تكون العلاقة بين العميل والمستفيد على أساس توريد سلعة ، أو تقديم خدمة ، بينما يكون خطاب الضمان ، مبلغًا من النقود ، وهذا مالا يجوز في الكفالة ، وفي حالة اتحاد محل الضمان يجب أن يكون التزام البنك أصليًا ، وليس تابعًا حتى لا يكون عقد كفالة ، وكما هو واضح من النموذج السابق ذكره ، فإن التزام البنك في خطابات الضمان يعتبر التزام التابع ، وليس الأصيل ، أي أنه يظل عقد كفالة ، رغم تواريه خلف المشاركة ؛ لأن الأمور تكون بمقاصدها ، حسب القاعدة الشرعية المعروفة .

تغطية خطاب الضمان بالكامل :

وفي حالة تقديم غطاء كامل لقيمة خطاب الضمان ، يرى بعض الفقهاء أنه يصير عقد وكالة ، وهي تصح بأجر وبدون أجر ، مع بقاء مضمون الكفالة لصالح المستفيد من الخطاب ، وقد أجازت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري تقاضي أجر مقابل إصدار خطابات الضمان المغطاة بالكامل ، باعتبار أن ذلك من أعمال الوكالة التي تصح بأجر ، ولم تجز ذلك في حالة خطابات الضمان المصدرة بدون غطاء [٢] .

ويتفق ما سبق مع ما قرره مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة عام (١٤٠٦) هجرية عندما ذكر ما يلي [٣] :

« .. وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة ، والوكالة تصح بأجر أو بدونه ، مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستوفي المكفول له .. » .

---

(١) المرجع السابق ، (ص ٢٣٠) .

(٢) هيئة الرقابة الشرعية ، بنك فيصل الإسلامي المصري ، الفتوى رقم (١٨) .

(٣) المؤتمر الثاني لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، جدة ، (١٠ - ١٦ ربيع الثاني سنة ١٤٠٦ هـ) .

وقد سبق أن ذكرنا أن هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري عادت بعد ذلك في الفتوى رقم (٣٢) ، ورفضت ذلك لأسباب متعلقة باستثمار أو تعطيل الغطاء ، وهو ما يعتبر تراجعًا عن الفتوى السابقة ، من أجل الترويج لفكرة المشاركة وفقًا للنموذج السابق إيضاحه ، وعلى أية حال ، فإن نموذج (الغطاء الكامل لخطاب الضمان) يخضع لعيوب اختلاف محل الضمان في العلاقة بين العميل والمستفيد ، عنها في العلاقة بين البنك والعميل طبقًا لقاعدة (الأمور بمقاصدها) .

ب – النموذج المقترح :

يعتمد النموذج الذي نقترحه لخطاب الضمان – بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية – على أساس عقد المضاربة وليس المشاركة ، كما تقترح النماذج السابقة :

وبناءً على ما سبق ، فإن خطاب الضمان – الذي يصدره البنك الإسلامي بناءً على طلب العميل لصالح المستفيد – يخضع لما يلي :

أولًا : يعتبر العميل طالب خطاب الضمان شريكًا للبنك بالعمل (رب عمل) .

ثانيًا : يعتبر البنك الإسلامي مصدر خطاب الضمان شريكًا بالمال (رب المال) .

ثالثًا : يتولى البنك الإسلامي تحويل كافة العمليات ، التي يقوم بها رب العمل للمستفيد من خطاب الضمان ، في كافة المراحل ، منذ بدء العمل حتى نهايته .

رابعًا : يصدر البنك الإسلامي خطاب الضمان لرب العمل ، لتقديمه إلى المستفيد ، دون الحصول على أي مقابل نقدي ، أو عيني يرتبط بالكفالة .

خامسًا : يلتزم العميل (رب العمل) بتوريد كافة المبالغ النقدية ، وأوراق القبض ، والشيكات وغيرها ، والمرتبطة بالأعمال التي ينفذها رب العمل إلى البنك الإسلامي أولًا بأول ، وبالاتفاق مع المستفيد الذي يكون على استعداد لسداد مستحقات العميل لديه إلى البنك ، في حساب خاص يفتح لهذا الغرض .

سادسًا : يتفق البنك الإسلامي (رب المال) مع طالب خطاب الضمان (رب العمل) على اقتسام الأرباح التي تتحقق من عملية المضاربة بنسب معينة ، يحددها الطرفان – مقدمًا – في عقد موقع منهما .

وتجدر الإشارة إلى أن الربح الناتج في هذه الحالة لا يكون من أسبابه الضمان ، وإنما

العمل والمال فقط ، باعتبار أن البنك الذي يكفل العميل ملتزمًا بتنفيذ الأعمال ، بالتضامن مع العميل طالب خطاب الضمان ، ومن ثم ، فإن اعتبار القصود في العقود يتوفر هنا أيضًا ، حيث يكون هناك اتحاد في محل الضمان ، كما أن التزام البنك في هذه الحالة يكون التزامًا أصليًا وليس تابعًا ، حيث إن خطاب الضمان تتطابق فيه إرادة العميل مع إرادة البنك ، كما أن الضمان يعود نفعه على كل من البنك والعميل معًا ، ومن ثم فلا يوجد مبرر لحصول البنك على مقابل للضمان من العميل (رب العمل) ، ولا يحق للبنك كذلك تقاضي أية مصروفات إدارية ، أو غيرها مقابل إصدار خطاب الضمان ، حيث يكون البنك الإسلامي طرفًا أصليًا في التعاقد مع المستفيد ، ومع العميل طالب خطاب الضمان ، وذلك بموافقة الطرفين معًا .

ويلاحظ أن عقد المضاربة الشرعية يكون بين البنك الإسلامي (رب المال) والعميل طالب خطاب الضمان (رب العمل) فقط ، ويكون عقدًا مستقلًا عن العقد الذي يبرم بين الأطراف الثلاثة لتنفيذ الأعمال بواسطة العميل والبنك معًا .

ويحقق النموذج المقترح المزايا التالية :

أ - البعد عن شبهة التحريم ، المرتبطة بحصول البنك على مقابل لإصدار خطاب الضمان للعميل ، حيث لا يحصل البنك الإسلامي من العميل على أي مقابل أو مصروفات ، ترتبط بإصدار خطاب الضمان .

ب - اتحاد محل الضمان في كل من التزام البنك والتزام العميل .

ج - يكون التزام البنك الكفيل أصليًا وليس تابعًا لالتزام العميل .

د - عدم تحمل طرف دون آخر للمخاطر المرتبطة بتنفيذ الأعمال ، حيث يتفق البنك والعميل على اقتسام الأرباح المتحققة في نهاية المدة بالنسب التي يتم تحديدها في عقد المضاربة الشرعية بين الطرفين .

هـ - يقدم البنك الإسلامي تمويلًا حقيقيًا للأعمال التي يقوم بها العميل (رب العمل) ، وليس مالًا وهميًا لا وجود له ، مثلما هو الحال في نموذج بنك فيصل الإسلامي الذي يعتبر ٢٥٪ من قيمة خطاب الضمان تمويلًا حقيقيًا ، يستحق عنه أرباح في حدود نسبته إلى إجمالي رأس مال المشاركة .

و - يستطيع البنك رقابة الأعمال التي يؤديها العميل للمستفيد ، وتصحيح أية

أخطاء ، والاطمئنان إلى عدم وجود مخالفات من جانب العميل لما سبق الاتفاق على أدائه من أعمال بالشروط والمواصفات المطلوبة ، ومن ثم ضآلة احتمالات مصادرة خطاب الضمان من جانب المستفيد .

ز - إعفاء العميل طالب خطاب الضمان من تقديم غطاء جزئي أو كلي لخطاب الضمان .

ح - لا يجوز للبنك الإسلامي الرجوع على العميل في حالة مصادرة المستفيد لخطاب الضمان ، مالم يثبت تقصير العميل أو إهماله ، مثلما هو الحال في عقد المضاربة الشرعية العادية ، ولا يجوز للبنك الرجوع على المضارب ، في حالة تحقيق خسارة بقيمة الضمان الذي يدفع إلى المستفيد ، التي تعتبر خسارة أيضًا يتحملها البنك .

* * *

النتائج والتوصيات

توصل البحث إلى النتائج التالية :

١ - تعتبر خطابات الضمان هامة وضرورية لتوفير الثقة بين المتعاملين في أسواق السلع والخدمات ، على المستوى المحلي وعلى المستوى العالمي ، كما أنها ضرورية لتنشيط الاستثمار ، وضمان حقوق المشروعات الإنتاجية ، وحقوق الخزانة العامة ، وضمان حسن تنفيذ الأعمال .

٢ - توجد أنواع متعددة من خطابات الضمان هي :

- خطاب الضمان الابتدائي .
- خطاب الضمان النهائي .
- خطاب ضمان الدفعة المقدمة .
- خطابات الضمان الملاحية .

٣ - يجب ألا يكون خطاب الضمان مشروطًا ، أو معلقًا على شرط ، حيث إنه يكون غير مقيد بإرادة أي طرف ، طالما أن المستفيد يطالب بقيمة الضمان ، حيث إن الخطاب يكون تعهدًا بالدفع الفوري من جانب البنك للمستفيد ، دون النظر إلى أية اعتراضات من جانب العميل ، ودون إذن منه .

٤ - يمكن للبنك إصدار خطاب الضمان ، والحصول من العميل على غطاء جزئي ، أو كلي ، أو بدون غطاء على الإطلاق ، تبعًا للاتفاق بين البنك والعميل .

٥ - يعتبر الفقهاء خطاب الضمان المغطى بالكامل عقد وكالة ، ولا تنطبق عليه أحكام الكفالة التي مبناها التبرع ، ولا تجوز الكفالة ممن لا يملك التبرع .

٦ - تحصل البنوك التقليدية على أجر مقابل إصدار خطاب الضمان ، باعتباره خدمة يستحق عنها عمولة ، بالإضافة إلى المصروفات التي تتكبدها البنوك .

٧ - يمكن للمستفيد أن يصادر خطاب الضمان ، ويلتزم البنك بالدفع فورًا ، والرجوع على العميل طالب خطاب الضمان ، باعتبار أن العميل استقرض قيمة الضمان من البنك ، فيجب عليه السداد .

٨ - يعتبر خطاب الضمان - من الناحية القانونية - عقد كفالة تنطبق عليه أحكام القانون المدني ، في حالة عدم وجود نصوص ، أو شروط خاصة بخطاب الضمان ، وذلك بالنسبة للخطابات المغطاة جزئيًا ، أو بدون غطاء .

٩ - يجوز في القانون الوضعي الحصول على أجر نظير الكفالة ، باعتبار ذلك من الخدمات المصرفية التي يؤديها البنك للعميل .

١٠ - يعتبر الفقهاء خطاب الضمان من عقود الكفالة بالمال ، وهي جائزة شرعًا ، معلومًا كان المكفول به أو مجهولًا إذا كان دينًا صحيحًا .

ويعتبر الفقهاء الكفالة ضم ذمة إلى ذمة أخرى ، لأداء مال واجب على المضمون عنه ، وأن ما يثبت في ذمة المكفول عنه يثبت في ذمة الكفيل .

وقد استدل الفقهاء على مشروعية الكفالة من الكتاب والسنة والإجماع .

١١ - للكفالة أركان محددة تتعلق بصيغة الكفالة ، والمكفول به ، والكفيل ، والمكفول عنه ، والمكفول له .

١٢ - تنقسم الكفالة إلى كفالة بالمال ، وكفالة بالنفس ، ولكل منها ضوابطها ، وأحكامها الشرعية .

١٣ - يجوز تأجيل ، وتعجيل الكفالة ، واشترط بعض الفقهاء ألا يكون التأجيل إلى أجل مجهول ، وتصدر خطابات الضمان الملاحية بدون تحديد أجل ، ولا يعني ذلك تجهيل الأجل ، بل معناه أنه يجوز المطالبة بقيمة خطاب الضمان في أي وقت .

١٤ - الكفالة في بيع السَّلَم مشروعة في الإسلام .

١٥ - يمكن الخروج من الكفالة بالمال عن طريق الوفاء أو الأداء أو الإبراء أو الهبة أو الصلح .

١٦ - يمكن الخروج من الكفالة بالنفس في حالة تسليم النفس أو الإبراء أو موت الكفيل أو المكفول .

١٧ - يمكن رجوع الكفيل على المدين بشروط منها : أن تكون الكفالة بإذن المكفول عنه ، وبأداء الكفيل للحق إلى صاحبه ، وصدور الإذن في الكفالة ممن يملك حق الإذن ، وألا يكون الكفيل مدينًا للمكفول عنه .

١٨ - اتفق معظم الفقهاء على عدم جواز الحصول على أجر على الكفالة ؛ لأن الكفالة من عقود التبرعات التي لا يستحق عنها أجرًا .

١٩ - يرى بعض الفقهاء المعاصرين جواز حصول البنوك على أجر على خطاب الضمان مقابل ما يتكلفه البنك من جهد ومال ، أو مصروفات إدارية ، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل الذي يقدره الخبراء العدول ، واعتبر البعض الآخر ضمان العمل نوعًا من العمل ، يستحق مقابلًا عنه .

٢٠ - يترتب على عقد خطاب الضمان عدة آثار تتعلق بضمان العهدة ، وضمان الدرك ، وضمان كل من وجب عليه حق ، وضمان كل الحقوق المالية .

٢١ - اتفق معظم الفقهاء على أن أحكام خطاب الضمان تسري على الأشخاص الاعتبارية ، تمشيًا مع الظروف الجديدة ، والتطورات الاقتصادية ، وذلك بهدف التيسير على الناس في معاملاتهم .

٢٢ - توجد بعض النماذج لخطابات الضمان التي تصدرها البنوك الإسلامية بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ، تقوم على أساس مشاركة البنك مع العميل طالب خطاب الضمان ، واقتسام الأرباح بينهما ، كما يعتمد بعض النماذج على خطاب الضمان المغطى بالكامل ، باعتباره عقد وكالة .

وقد تبين أن كافة هذه النماذج المطبقة تخضع للعديد من الانتقادات الشرعية والعملية .

* * *

التوصيات :

يوصي الباحث بتطبيق نموذج لخطابات الضمان التي تصدرها البنوك الإسلامية يعتمد على ما يلي :

أ - اعتبار العميل طالب خطاب الضمان رب عمل في عقد مضاربة شرعية مع البنك (رب المال) .

ب - عدم حصول البنك على أية عمولات ، أو مصروفات ، مقابل إصدار خطاب الضمان للعميل .

ج - اقتسام أرباح المضاربة بين البنك والعميل ، بالنسب التي يتم الاتفاق عليها - سلفًا - في عقد المضاربة الشرعية .

د - عدم رجوع البنك على العميل طالب خطاب الضمان ، ما لم يثبت تقصيره ، أو إهماله .

هـ - عدم تغطية خطاب الضمان ، سواء بشكل جزئي أو كلي .

و - يمكن تطبيق النموذج في حالة الأشخاص الطبيعية ، والأشخاص المعنوية في نفس الوقت .

* * *

المراجع

القرآن الكريم

أ - الكتب :

١ - د/ إبراهيم مختار ، التمويل المصرفي منهاج لاتخاذ القرارات ، مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .

٢ - ابن العربي ، أحكام القرآن ، القسم الثالث .

٣ - ابن حزم ، المحلى ، الجزء الخامس والجزء الثامن .

٤ - ابن رشد ، بداية المجتهد ، الجزء الثاني .

٥ - ابن قدامة ، المغني ، الجزء الرابع ، والجزء الخامس .

٦ - ابن نجيم ، البحر الرائق ، الجزء السادس .

٧ - الحافظ ابن حجر ، فتح الباري ، الجزء الرابع .

٨ - البهوتي ، كشف القناع ، الجزء الثالث .

٩ - التهانوي ظفر أحمد العثماني ، إعلاء السنن ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، كراتشي ، باكستان ، الجزء الرابع عشر .

١٠ - السرخسي ، المبسوط ، الجزء رقم (٢٠) .

١١ - الشافعي ، الأم ، الجزء الرابع .

١٢ - الشربيني ، مغني المحتاج ، الجزء الثاني .

١٣ - الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، الجزء الخامس .

١٤ - الكاساني ، بدائع الصنائع ، الجزء السادس .

١٥ - المرغيناني ، الهداية ، الجزء الثالث .

١٦ - دكتور طلعت أسعد عبد الحميد ، أساسيات إدارة البنوك ، مكتبة عين شمس - القاهرة ، ١٩٨٧ .

١٧ - دكتور عبد الحميد محمود البعلي ، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ، الواقع والآفاق ، مكتبة وهبة - القاهرة ، ١٩٩٠ .

١٨ - دكتور عبد العزيز الغامدي ، المشاركات في الفقه الاقتصادي الإسلامي ، بين الأصالة والتجديد ، (بدون تاريخ) .

١٩ - عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي ، الجزء الأول .

٢٠ - دكتور عبد اللطيف محمد عامر ، الديون وتوثيقها في الفقه الإسلامي ، دار مرجان للطباعة ، القاهرة ١٩٨٤ .

٢١ - دكتور علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون تاريخ .

٢٢ - علي الخفيف ، الشركات في الشريعة ، الجزء الثاني .

٢٣ - دكتور علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية - القاهرة ، ١٩٨١ .

٢٤ - دكتور عيسى عبده ، العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية ، بدون تاريخ .

٢٥ - دكتور محسن الخضيري ، الائتمان المصرفي ، مكتبة الأنجلو المصرية - القاهرة ، ١٩٨٧ .

٢٦ - دكتور محمد أحمد سراج ، النظام المصرفي الإسلامي ، دار الثقافة - القاهرة ، ١٩٨٩ .

٢٧ - دكتور محمد الشحات الجندي ، فقه التعامل المالي والمصرفي الحديث ، دار النهضة العربية - القاهرة ، ١٩٨٩ .

٢٨ - محمد باقر الصدر ، البنك اللاربوي في الإسلام ، دار التعارف للمطبوعات - بيروت ، ١٩٨٣ .

٢٩ - دكتور محمد علي عرفة ، أهم العقود المدنية ، القاهرة ، ١٩٤٥ .

٣٠ - محمد يوسف موسى ، الإسلام ومشكلاته (بدون تاريخ) .

٣١ - دكتور / يوسف القرضاوي ، فقه الزكاة ، الجزء الأول .

٣٢ - يوسف كمال محمد ، فقه الاقتصاد النقدي ، دار الصابوني ودار الهداية ، القاهرة ، ١٩٩٣ .

ب - الدوريات :

١ - مجلة الأحكام العدلية ، الطبعة الخامسة ١٩٦٨ .

٢ - مجموعة النقض ، السنة الخامسة عشرة ، والسنة الرابعة والعشرون .

ج - التقارير :

١ - المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية ، دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية .

٢ - بنك فيصل الإسلامي المصري ، تقارير هيئة الرقابة الشرعية .

٣ - بنك فيصل الإسلامي السوداني ، فتاوى هيئة الرقابة الشرعية .

٤ - بيت التمويل الكويتي ، الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية ، ج ١ .

د - المؤتمرات :

- المؤتمر الثاني لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، جدة ، ١٤٠٦ هجرية .

* * *

الاعتمادات المستندية

تأليف

محيي الدين إسماعيل علم الدين

مُقَدِّمَة

لازالت عمليات البنوك الإسلامية في حاجة إلى بحثها بحثًا عميقًا ، وإلى مواصلة دراستها لحل المشاكل التي تصادفها عمليًا ؛ لكون نشاطها نشاطًا حديثًا لم يسبق في التاريخ الإسلامي وجود نظائر له .

ومن أهم الموضوعات التي تحتاج للدراسة وتصادف مشاكل عملية موضوع الاعتمادات المستندية ، وهي أهم وسيلة في مجال التجارة الدولية تساعد على سد فجوة عدم الثقة بين البائعين والمشترين على المستوى الدولي ، وتغطي رغبة المشتري في دفع الثمن إلا إذا اطمأن على سلامة البضاعة ، ورغبة البائع في عدم تسليم البضاعة إلا إذا كانت في يده تأكيدات أن الثمن سوف يدفع إليه دون مماطلة .

ويرجع ظهور الاعتمادات المستندية كما يقال إلى القرن الماضي ، حيث تدخلت البنوك في عمليات التبادل التجاري الدولي بواسطة فتح الاعتمادات المستندية ، وبدأت تظهر قواعد منظمة لها في نهاية العقد الثاني من القرن العشرين باتفاق رجال البنوك على تفسير موحد لشروط الاعتمادات المستندية .

وقد انتهز رجال البنوك بالولايات المتحدة الأمريكية فرصة اجتماع مؤتمر خاص بالائتمان التجاري عام (١٩٢٠م) ، وناقشوا عددًا من المسائل الخاصة بالاعتمادات المستندية التي كانت موضع نزاع ، ووصلوا إلى رأي موحد بشأنها ، وتمت صياغتها في هيئة قواعد موحدة ، وقد اعتمدت خمس وثلاثون مؤسسة مصرفية تلك القواعد الموحدة ، وأصدرت نشرة بها وزعت منها ثلاثين ألف نسخة على مراسليها في الخارج ، وعملائها .

وحذت البنوك الألمانية حذو البنوك الأمريكية ، وأصدر اتحاد البنوك بها قواعد موحدة عام (١٩٢٣م) ، كما أن اتحاد البنوك بفرنسا أصدر عام (١٩٢٤م) نشرة تعرف

الأنواع المختلفة من الاعتمادات المستندية ، والالتزامات الناشئة عنها ، والمستندات التي يمكن قبولها في حالة عدم وجود تعليمات وافية من العميل ، وصدرت قواعد موحدة مماثلة في إيطاليا ، والسويد ، وتشيكوسلوفاكيا عام (١٩٢٥م) ، وفي الأرجنتين عام (١٩٢٦م) ، وفي الدانمارك عام (١٩٢٨م) ، وفي هولندا عام (١٩٣٠م) .

وقد ساعد وجود تلك القواعد الموحدة على الإقلال من الاختلافات بشأن الاعتمادات المستندية ، غير أنها كانت في نطاق محلي ، بينما معظم عمليات الاعتمادات المستندية خاصة بالتجارة الخارجية ، مما كان سببًا في وجود اختلافات في القواعد السارية بين بلد طلب فتح الاعتماد وبلد المستفيد منه ، وتقدمت الشعبة الأمريكية لغرفة التجارة الدولية إلى المؤتمر المنعقد عام (١٩٢٦م) بطلب بحث مسألة توحيد القواعد التي وضعتها اتحادات البنوك في مختلف البلاد [1] .

لذلك بدأت مشاورات بين الغرفة وبين لجانها الأهلية المحلية واتحادات البنوك في البلاد المختلفة ، وفي نفس العام أعد مشروع مبدئي بالتنظيم المطلوب بواسطة لجنة الكمبيالة والشيك ، وقدم إلى مؤتمر استوكهلم عام (١٩٢٧م) ، وعقب هذا المؤتمر اتسع نطاق بحث الموضوع وتحقيق وجهات نظر البنوك ، وتبين ضرورة أخذ آراء رجال الصناعة والتجارة ، وأدت هذه الجهود إلى إعداد أول لائحة موحدة للاعتمادات المستندية ، وافق عليها مؤتمر أمستردام عام (١٩٢٩م) ، ولكن لم تطبق هذه المجموعة إلا في دولتين هما فرنسا وبلجيكا ، وبذلك لم يتحقق هدف التوحيد المنشود بين كل البلاد ، وأبدت كثير من البلاد اعتراضات على تطبيق هذه المجموعة ، فقرر مؤتمر واشنطن عام (١٩٣١م) إنشاء لجنة مصرفية للاعتمادات المستندية لفحص لائحة (١٩٢٩م) ، وكان دورها هو دراسة التحفظات على القواعد ، وقد أسفر ذلك عن اتفاق في مؤتمر فيينا عام (١٩٣٣م) على مجموعة القواعد والعادات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية ، وقد اتبعت هذه القواعد أغلبية البلاد ، وبعد الحرب العالمية الثانية تطورت التجارة الخارجية للولايات المتحدة الأمريكية تطورًا غير عادي ، وأكسبها الالتجاء إلى تعميم استخدام الاعتمادات المستندية في تسوية مبادلاتها خبرة واسعة أدى إلى إنشاء لجنة من الفنيين والفقهاء داخل

---

(١) محمد محمود فهمي : القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية – طبع معهد الدراسات المصرفية (١٩٦١م) ، (ص ١ – ٤) .

الغرفة التجارية الدولية ؛ لدراسة التعديلات التي تجري على بعض المواد في ضوء التغيرات التي حدثت والاحتياجات الجديدة ، فقد أظهر العمل أن بعض التعريفات وبعض الشروط في هذه القواعد لم تعد تتفق مع العادات السائدة ؛ لذلك قرر مؤتمر مونترو عام (١٩٤٧م) إنشاء لجنة المسائل الفنية والعرف المصرفي التي أثمرت أعمالها عن تعديل القواعد والعادات الموحدة في لشبونه عام (١٩٥١م) ، وقد أقرت هذا التعديلَ كلُّ البلاد المشتركة في المؤتمر ماعدا بريطانيا التي امتنعت عن التصويت عليه ، وكانت تطبق هذه القواعد حوالي ستين دولة [1] .

وفي مؤتمر نابلس لغرفة التجارة الدولية عام (١٩٥٧م) تقرر إجراء تعديل جديد للقواعد الموحدة ، كانت دواعيه أن كثيرًا من التفصيلات في تطبيق هذه القواعد برزت بوضوح على ضوء تجربة حوالي ثلاثين عامًا ، ولوحظ أن تجميد هذه القواعد خطر على استمراريتها ؛ لأن العرف بدأ يتطور مبتعدًا عنها .

وكان لبعض الدول مآخذ على تعديل (١٩٥١م) من حيث عدم وضوح بعض نصوصها ، وأنها تعطي البنوك سلطات مطلقة في مطابقة مستندات الشحن على شروط الاعتماد ، وأنها لا تأخذ في الاعتبار العرف السائد في مناطق مهمة للنشاط التجاري الدولي ؛ لذلك قررت لجنة المسائل الفنية والعرف المصرفي تشكيل فريق يقوم بإعداد التعديل بالاشتراك مع أعضائها البريطانيين .

ومن المعروف أن سبب تجنب البنوك البريطانية الانضمام للقواعد والعادات الموحدة هو تفضيلها أن تعالج كل حالة على حدة بحسب وقائعها دون ارتباط مقدم بقواعد جامدة ، وأقرت البنوك البريطانية القواعد والعادات الموحدة التي ووفق عليها عام (١٩٦٢م) ، على أن يبدأ العمل بها اعتبارًا من أول يوليو (١٩٦٣م) ، وأصبحت الآن تطبقها .

ونظرًا لسرعة التطور في التجارة الدولية ، وظهور أساليب حديثة في النقل والعمل المصرفي ، فقد عدلت هذه القواعد بعد ذلك عام (١٩٧٤م) ، ثم في عام (١٩٨٣م) تعديلًا بدأ سريانه من أول أكتوبر عام (١٩٨٤م) .

---

(١) بونتو : القواعد الموحدة بمجلة Banque (١٩٦٣م) ، (ص ٢٣١) ، زكي مهنا وبكر محمد عثمان : العمليات المصرفية نظريًا وعمليًا ، (ص ١٥٨) ، محمد محمود فهمي : الاعتمادات المستندية (ص ٣٦) .

وقد أصدرت مجموعة جديدة للقواعد والعادات الموحدة من غرفة التجارة الدولية في مايو (١٩٩٣م) تحمل اسم الكتيب رقم ٥٠٠ ، ولم يحدد موعدًا لبدء سريانها ؛ ولذلك تسري من ذلك التاريخ .

وليست للقواعد الموحدة صفة الإلزام إلا إذا لم ينص في الاعتماد على ما يخالفها ، فتعتبر مكملة لإرادة المتعاقدين وتسد النقص فيما لم يتفقوا عليه (١) ، ولكن بشرط أن يشار إليها في عقد البنك مع العميل وفي خطاب الاعتماد الذي يرسل إلى المستفيد .

وقد يثور التساؤل : إذا كانت الاعتمادات المستندية قد نشأت في القرن التاسع عشر ، فمن الذي كان يؤدي دورها فيما قبل ذلك من القرون ؟

كانت هناك صورة طريفة معروفة قديمًا في زمن الإمام ابن تيمية ، وقد سئل عنها وهي تسمى : ضمان السوق ، فأجاب بأن هذا الضمان - معناه أن يضمن الضامن ما يجب على التاجر من الديون ، وما يقبضه من الأعيان المضمونة - ضمان صحيح ، وهو ضمان ما لم يجب وضمان المجهول ، وذلك جائز عند جمهور العلماء كمالك وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل ، وقد دل عليه الكتاب كقوله : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾ [يوسف : ٧٢] والشافعي يبطله (٢) ، وهو الدور الذي تؤديه المستندات والبنوك في الوقت الحالي بما تقدمه للدائن من ضمان ما لم يجب وضمان المجهول .

وقد صدر القانون التجاري الفرنسي عام (١٨٠٤م) ، ولم يشر إلى الاعتمادات المستندية ؛ إذ لم تكن قد عرفت بعد ، ولكن أشار في المادة (٩٤) منه إلى دور الوكلاء في عقد الصفقات سواء كانوا يعملون بأسمائهم أو أسماء موكليهم (٣) .

والاعتماد معناه الثقة ، وهو في صورته العادية البسيطة هو تعهد من البنك بأن يضع تحت تصرف العميل مبلغًا معينًا خلال مدة يتفق عليها معه ، ويقوم العميل بسحب هذا المبلغ مجمدًا أو منجمًا ، نقدًا أو بسحب شيكات وكمبيالات على البنك ، أو لا يقوم العميل بسحبه على الإطلاق ؛ إذ إن له مطلق الحرية في أن يستخدم الاعتماد أو

---

(١) د. علي البارودي ، (ص ٣٧٣) ، هامش (٢) .

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ، (٢٩/٥٤٩) .

(٣) انظر في شرح التفرقة بين النوعين :

Rene Radiere : Driot Cammercial (Effets de Commeroc , Contrets Commerciaux , Failites , Leme ed , Precis Dalloz , Paris 1975 , p . 181 ets.

لا يستخدمه ، ويختلف الاعتماد بهذا المعنى عن القرض ؛ لأن العميل يتسلم مبلغ القرض فعلًا تنفيذًا لعقد القرض ، بينما لا يتسلم العميل المبلغ في الاعتماد البسيط ، وإنما يظل له الحق في قبضه على أن يستخدم هذا الحق وقتما يشاء ، أو لا يستخدمه إطلاقًا إن شاء .

فالمحل في عقد القرض هو إعطاء شيء ، أما المحل في عقد فتح الاعتماد فهو عمل شيء من هذا العمل وهو وضع المبلغ المتفق عليه تحت تصرف العميل .

وقد اختلفت الآراء حول طبيعة عقد فتح الاعتماد ، فذهب بعضها إلى أنه قرض معلق على شرط واقف هو استفادة العميل من الاعتماد فعلًا ، فذهبت أغلبية الفقهاء إلى أن عقد فتح الاعتماد يعتبر وعدًا بالقرض من جانب البنك ، وذهب الدكتور علي البارودي إلى أن عقد فتح الاعتماد ينشأ عن حاجة العميل في مكان أمين كما في الوديعة ، وهذان العقدان يندمجان في عقد الاعتماد حيث يقترض العميل من البنك ويودع مبلغ القرض لدى نفس البنك ، ونتيجة لاندماج هذين العقدين في العملية الواحدة ينعدم التسليم والتسلم ، ويوجد عقد واحد يسمى عقد فتح الاعتماد (١) .

وقد تناول مشروع القانون التجاري المصري في الفصل الخاص بالعمليات المصرفية موضوع فتح الاعتماد ، فنصت المادتان « ٣٥٦ » و « ٣٥٧ » على أن :

« فتح الاعتماد عقد يضع المصرف بمقتضاه تحت تصرف المستفيد وسائل للوفاء في حدود مبلغ معين » .

« ويفتح باب الاعتماد لمدة معينة أو غير معينة ، فإذا فتح الاعتماد لمدة معينة جاز للمصرف إلغاؤه في أي وقت ، بشرط إخطار المستفيد قبل الميعاد الذي يعينه للإلغاء بعشرة أيام على الأقل ، وكل اتفاق على عكس ذلك يعتبر كأنه لم يكن » .

ونصت المادة « ٣٥٨ » على أنه : « لا يجوز للبنك إلغاء الاعتماد قبل انتهاء المدة المتفق عليها إلا في حالة وفاة المستفيد ، أو الحجز عليه ، أو وقوفه عن الدفع ، ولو لم يصدر حكم بشهر إفلاسه ، أو وقوع خطأ جسيم في استخدام الاعتماد المفتوح لصالحه » .

أما الاعتماد المستندي فقد عرفته المادة « ٣٥٩ » من مشروع القانون التجاري

---

(١) الدكتور علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية (ص ٣٧١) .

المصري بأنه : « عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناءً على طلب أحد عملائه (الآمر بفتح الاعتماد) لصالح شخص آخر (المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل ، ويعتبر الاعتماد المستندي مستقلًا عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ، ويبقى البنك أجنبيًا عن هذا العقد » ، ويعرفه تبريل ولوجين بأنه :

« كل فتح لاعتماد - أيًا كانت الصورة التي يتخدها - يتم لمن كانت مرسلة إليه بضاعة في الطريق ، ويكون مضمونًا بواسطة المستندات المتعلقة بهذه البضاعة » (١) .

وقريب من هذا التعريف أيضًا ما عرفته لجنة تعديل القانون التجاري بفرنسا بأنه : الاعتماد المفتوح بواسطة بنك بناء على طلب آمر لصالح مراسل لهذا الأخير ، ومضمون بحيازة مستندات ممثلة لبضاعة منقولة أو معدة للنقل » .

ويعرفه الدكتور البارودي بأنه : « تعهد صادر من البنك بناءً على طلب العميل (يسمى الآمر أو معطيَ الأمر) لصالح الغير المصدر (ويسمى المستفيد) يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد ، وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد، ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة » (٢) .

ويعرفه الدكتور علي جمال الدين بأنه : « الاعتماد الذي يفتحه البنك بناءً على طلب شخص يسمى الآمر أيًا كانت طريقة تنفيذه ، أي سواء كان بقبول الكمبيالات أو بالوفاء لصالح عميل لهذا الآمر ، ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال » .

وهذه التعريفات متفقة في الجوهر ، فهي تحصر العملية في ثلاثة أطراف : آمر ، ومستفيد ، وبنك متعهد ، وتشير إلى الائتمان الذي يقدمه البنك للعميل ، وكون هذا الائتمان مضمونًا بحيازة المستندات .

وتستخدم الاعتمادات المستندية في البلاد الرأسمالية والشيوعية على السواء ، وسنقدم نماذج لطلبات وخطاب الاعتماد المستندي في ذاته دون التعرض لعلاقته بعملية المرابحة ؛ إذ إن نماذج المرابحة ستقدم في بحث خاص بها ، ومع ذلك سنعرض للمرابحة

---

(١) تبريل ولوجين ، العمليات التجارية للبنوك ، (٢٢٢/٥) .

(٢) الدكتور البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، (ص ٣٧٢) .

والمشاركة أثناء الشرح ، وسوف نقسم بحث موضوع الاعتمادات المستندية إلى الفصول والتقسيمات التالية :

الفصل الأول : الاعتمادات المستندية في القانون والشريعة ، ويشمل :

المبحث الأول : أنواع الاعتمادات ، وأنواع المستندات .

المبحث الثاني : علاقات الأطراف ، والتزاماتهم .

المبحث الثالث : مدى تطابق المستندات مع خطاب الاعتماد .

المبحث الرابع : تجديد الاعتماد ، وانقضاؤه في الشريعة والقانون .

المبحث الخامس : التكييف القانوني والشرعي للاعتماد المستندي وكونه معاملة مستحدثة متكاملة .

الفصل الثاني : تطبيقات الاعتمادات المعمول بها في البنوك الإسلامية ، ويشمل :

المبحث الأول : المرابحة .

المبحث الثاني : المضاربة .

المبحث الثالث : المشاركة .

الفصل الثالث : مشكلات الاعتمادات المستندية في البنوك الإسلامية ، ويشمل :

المبحث الأول : مشكلة ملكية البضاعة .

المبحث الثاني : مشكلة الفوائد .

ثم نتبع ذلك بالنصوص التي تضمنها مشروع القانون التجاري المصري المستمدة من الشريعة الإسلامية .

* * *

الفَصْلُ الأوّلُ : الاعتمادات المستندية في القانون والشريعة

نبدأ الكلام في الاعتمادات المستندية بالحديث عن أنواع الاعتمادات المستندية والمستندات ، وعن علاقات الأطراف والتزاماتهم ، وعن مدى تطابق المستندات مع خطاب الاعتماد ، وعن تجديد الاعتماد وانقضائه ، وتكييفه القانوني .

وسنوزع هذه الموضوعات على المباحث التالية :

المبحث الأول : أنواع الاعتمادات وأنواع المستندات .

المبحث الثاني : علاقات الأطراف والتزاماتهم .

المبحث الثالث : مدى تطابق المستندات مع خطاب الاعتماد .

المبحث الرابع : تجديد الاعتماد وانقضاؤه في الشريعة والقانون .

المبحث الخامس : التكييف القانوني والشرعي للاعتماد المستندي ، وكونه معاملة مستحدثة متكاملة .

* * *

المَبحَثُ الأَوَّلُ

أنواع الاعتمادات وأنواع المستندات

ابتغاء للوضوح في بيان المفاهيم لكل جزئية من جزئيات هذا الموضوع نقسمه إلى مطلبين :

المطلب الأول : في أنواع الاعتمادات المستندية .

المطلب الثاني : في أنواع المستندات .

المطلب الأول : أنواع الاعتمادات المستندية :

نحتاج في هذا البحث إلى بيان أنواع الاعتمادات المستندية في القوانين الحديثة ، ثم إلى بيان ما إذا كانت للفقه الإسلامي وجهة نظر في هذه الأنواع ، لذلك فإن هذا المطلب ينقسم إلى :

أولًا : أنواع الاعتمادات في القوانين الحديثة .

ثانيًا : وجهة نظر الفقه الإسلامي في أنواع الاعتمادات .

أولًا : أنواع الاعتمادات في القوانين الحديثة :

يمكن تقسيم الاعتمادات المستندية من زوايا مختلفة ، نبين أهمها فيما يلي :

التقسيم الأول : الاعتماد القابل للإلغاء ، والاعتماد القطعي ، والاعتماد المؤيد :

هذا التقسيم هو أهم تقسيمات الاعتمادات المستندية ، وهو يتناولها من حيث قوة الالتزام المصرفي فيها ، ويتدرج من أضعفها إلى أوسطها إلى أقواها .

فالاعتماد القابل للإلغاء اعتماد يجوز لأي من أطرافه أن يتحلل في أي وقت منه بإرادته المنفردة ، ويوصف بأنه ليس التزامًا وإنما هو مجرد ترتيب ، ولا يتم عادة إلا بين شركة وفروعها ، أو بين شركة متعددة الجنسيات ووليداتها في دول أخرى ، أو بين أطراف بينهم ثقة لا حدود لها .

ويستطيع الآمر بفتح الاعتماد (الطالب) أن يلغيه في أي وقت بإخطار يوجه إلى البنك ، كما أن البنك يمكنه أن يلغيه بإرادته وحده أو عند تلقيه إخطارًا بذلك من الآمر ، وحتى إذا لم يتم إلغاؤه ، فإن البنك الفاتح للاعتماد يمكنه عند تلقي المستندات من المستفيد أن يمتنع عن الدفع ويرد المستندات مقررًا أن الاعتماد قد ألغي ؛ وذلك لأنه لا يلتزم بأن يوجه إخطارًا إلى المستفيد بهذا الإلغاء عند حصوله .

ولا يحد من إمكانية إلغاء الاعتماد القابل للإلغاء سوى حالة قيام مراسل للبنك فاتح الاعتماد معين لتداول بدفع قيمتها إلى المستفيد بعد أن وجدها مطابقة للاعتماد ، ففي هذه الحالة يجب على البنك فاتح الاعتماد أن يرد هذه القيمة إلى البنك المعين حماية لهذا البنك ، ولا يمكن التذرع في هذه الحالة بسبق إلغاء هذا الاعتماد إلا إذا كان قد وصل هذا الإلغاء للبنك قبل دفع قيمة المستندات .

والاعتماد القابل للإلغاء في نظرنا يعتبر التزامًا طبيعيًا على البنك منشؤه تجاه المستفيد ، فالالتزام الطبيعي ينشأ قانونًا من إحدى دائرتين : دائرة الالتزامات المدنية التي تتحلل وتضعف فهوى بعضها إلى دائرة الالتزام الطبيعي ، أو دائرة الآداب والالتزامات الأخلاقية التي تقوى ويشتد عودها فترتفع إلى مرتبة الالتزام الطبيعي .

والاعتماد القابل للإلغاء وإن لم يكن الالتزام فيه التزامًا مدنيًا ؛ إذ لا جبر في تنفيذه ، فهو يتضمن عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية ، إلا أنه يتضمن وعدًا بالوفاء بمبلغ معين والوفاء بالوعد واجب أدنى ، وهو من الواجبات التي زادت أهميتها فارتفعت وصعدت إلى درجة الالتزام الطبيعي ، فإذا وفى المدين من تلقاء نفسه كان وفاءً صحيحًا لا تبرعًا ، ولا يستطيع بعده أن يطلب استرداد ما وفَّاه ، وإذا لم يف به من تلقاء نفسه فلا سبيل للدائن لحمله على الوفاء وإجباره عليه .

والاعتماد القطعي أو غير القابل للإلغاء هو الاعتماد الملزم للعميل الآمر قبل البنك فاتح الاعتماد وهو الملزم لهذا الأخير تجاه المستفيد ، وهو اعتماد يرتب التزامات مدنية لا طبيعية على أطرافه ، وهو اعتماد لا يجوز الرجوع فيه ولا إلغاؤه إلا باجتماع إرادة الأطراف فيه وهم : البنك ، والآمر ، والمستفيد ، ولا يجوز تعديله إلا بنفس الطريقة .

والاعتماد المؤيد هو أصلًا اعتماد قطعي انضم إلى البنك فاتحه بنك أجنبي يكون عادة

في بلد ليضيف التزامه إليه ويصبح في الاعتماد مدينان متضامنان : البنك فاتح الاعتماد ، والبنك مؤيده . والغرض من التأييد – الذي يطلبه عادة المستفيد – هو تمكين المستفيد من الحصول على قيمة الاعتماد من أقصر طريق ، أي من بنك موجود في بلده ، إذا امتنع البنك المؤيد عن الدفع أمكنه أن يقاضيه في بلده ، ولا يحتاج إلى الانتقال إلى بلد البنك الفاتح الاعتماد للحصول على حكم ضده ، ولا يلغى الاعتماد المؤيد إلا بإرادة أطرافه : المستفيد ، والبنكين ، والآمر .

ويرتب الاعتماد المؤيد كل آثار الالتزام التضامني ، فيمكن للدائن المستفيد أن يقاضي أيًا من البنكين المؤيدين المتضامنين ، وإن كان الأسهل عليه أن يقاضي البنك المؤيد القريب منه .

والوفاء الحاصل من إحدهما يبرئ الآخر ، ويكون للبنك المؤيد أن يرجع على البنك فاتح الاعتماد بكل ما وفاه فلا ينقسم الدين بينهما ، أما إذا وفى البنك فاتح الاعتماد فلا يرجع بشيء على البنك المؤيد وإنما يرجع على الآمر .

وكانت قواعد غرفة التجارة الدولية الصادرة عام (١٩٨٣م) توجب أن ينص الاعتماد القطعي على كونه قابلًا للإلغاء ، أما المؤيد فيضاف فيه إلى التزام البنك فاتح الاعتماد التزام وتوقيع البنك المؤيد ، أما إذا لم ينص البنك فاتح الاعتماد على كونه ملزمًا به يصبح اعتمادًا قابلًا للإلغاء ، وإذا ورد عليه تأييدًا قابلًا للإلغاء كذلك ، ولكن قواعد الغرفة الصادرة في مايو (١٩٩٣م) نصت في المادة على أن الاعتماد الذي لا ينص فيه على كونه قطعيًا وغير قطعي يعتبر اعتمادًا ملزمًا ، وهذا عدول عن المبدأ التقليدي القائل أن الشك يفسر لصالح المدين أو الملتزم ، وكنا نفضل البقاء عليه وعدم إدخال هذا التعديل ، قد يرد التأييد على كل مبلغ الاعتماد المستندي ، وقد يرد على جزء منه ، وذلك حسب رغبة البنك المؤيد ، كما أنه يمكن أن تكون مدة التأييد أقل من مدة الاعتماد الأصلي إذا شاء ذلك .

وعند تعديل الاعتماد من حق البنك المؤيد أن يرفض تأييد التعديل ، ولكن عليه في هذه الحالة أن يخطر البنك منشئ الاعتماد حتى يتدبر الأمر ويبحث عن بنك مؤيد آخر ، ومن ناحية أخرى فإن البنك المؤيد الذي يرفض التعديل ملتزمًا بشروط الاعتماد الأصلي الذي أيده .

ومن حق البنك المؤيد في حالة تعديل الاعتماد أن يقبل التعديل في الحدود التي يراها ، فيمكنه أن يقبل قبولًا جزئيًا من حيث المبلغ ، أو من حيث المدة ، أو من حيث كليهما ، وإذا رفض المستفيد هذا التأييد الجزئي بقي الاعتماد الأصلي على حاله .

ولا مانع من أن يلتزم البنك المنشئ بشروط مختلفة عن البنك المؤيد من حيث المبلغ ، أو مدة الالتزام ؛ لأن هذا لا يتعارض مع أحكام التضامن بين المدينين في مسائل الاعتمادات ، وقد استقر الرأي على ذلك في غرفة التجارة الدولية .

التقسيم الثاني : اعتماد الاستيراد واعتماد التصدير :

تفتح البنوك اعتماد الاستيراد عندما يريد مستورد محلي أن يستورد من الخارج بضائع ، ويتم تمويل العملية عن طريق الاعتماد المفتوح للاستيراد ، أما انضمام بنك في بلد المستفيد لتأييد هذا الاعتماد فإنه يعتبر اعتماد تصدير بالنسبة لبلده ، ويقوم هذا التقسيم على النظر إلى الاعتماد من وجهة حركة السلع من الدولة أو إليها ، ومن زاوية التبادل التجاري ، ويمكن أن يكون اعتماد التصدير والاستيراد منفصلين ، أي أن يوجد أحدهما دون الآخر ، كما يمكن أن يكون كل منهما اعتمادًا قابلًا للإلغاء أو قطعيًا .

التقسيم الثالث : اعتمادات البيوع وخطابات الاعتماد الضامنة :

الصورة المألوفة للاعتماد هي وجود عقد بيع يفتح بمناسبته اعتماد مستندي ؛ لتقديم مستندات البضاعة المشتراة من خلاله ، ودفع قيمتها بواسطة البنك .

غير أنه إلى جانب هذه الصورة ظهرت صورة أخرى يبدو فيها الاعتماد غير متعلق بعقد بيع ولا توجد فيه بضاعة ، وإنما يتعلق الاعتماد بضمان تنفيذ التزامات معينة ، فهو أقرب إلى خطاب الضمان ، ومع ذلك يسمى اعتمادًا معلقًا Stand-By Letter of Crèdit ، وقد ظهر هذا النوع من الاعتمادات في أمريكا ، حيث تملك البنوك حق إصدار خطابات الضمان ، فعوضت عن ذلك بإصدار خطابات اعتماد هي في حقيقتها خطابات ضمان ، ويستخدم في ضمان تنفيذ عملية أو مقاولة ، أو في دفع أجور خبراء وعمال ، أو في ضمان الحق في تعويض ، ولم تعد قاصرة على البنك بل يمكن أن تصدرها مؤسسات مالية أخرى مثل شركات التأمين ، وقد أطلقت عليها الترجمة العربية لقواعد الاعتمادات المستندية لغرفة التجارة الدولية تسمية « خطاب الاعتماد المعد

للاستعمال » [١] ، ولا يوجد اعتماد يفتح لعدم الاستعمال ،؛لذلك فإننا نفضل إحدى التسميات التي أطلقناها عليها ، وهي « الاعتماد المعلق » ؛ لأنه اعتماد لا يستخدم إلا إذا لم ينفذ الالتزام المضمون به أو « خطابات الاعتماد الضامنة » ، وذلك بحسب وظيفتها التي أعدت لها ، وهي ضمان التزامات معينة ، وينطبق عليها أحكام الكتيب رقم ٥٠٠ الصادر عن غرفة التجارة الدولية حتى مايو (١٩٩٣م) في الحدود التي لا تتعارض مع طبيعتها .

وتختلف هذه الصورة عن الترتيبات المعلقة Standby Arrangments التي يجريها صندوق النقد الدولي مع الدول الأعضاء به [٢] .

ويرى بعض الكتاب أنه لا يحسن استخدام خطابات الاعتماد الضامنة في استيراد بضائع ؛ لأن هذه الصورة هي الصورة الأصلية العادية للاعتماد المستندي .

التقسيم الرابع : الاعتمادات الخطابية وغير الخطابية :

يفتح الاعتماد المستندي عادة بواسطة خطاب اعتماد يعده البنك ويرسله بالبريد إلى المستفيد ، ولكن هذه الصورة أصبح من الممكن تبليغ الاعتماد بواسطة البرق ، أو التلكس ، أو الفاكس ، أو بواسطة أجهزة إرسال أكثر أمانًا تعرف باسم : « سويفت » Swift .

وإذا أرسل الاعتماد بواسطة البرق أو التلكس فإنه يحتاج إلى خطاب تعزيز لاحق موقع من البنك الفاتح الاعتماد ، أما الإرسال بأجهزة سويفت فلا يحتاج إلى شيء من ذلك .

أما جهاز الفاكس فلا زالت غرفة التجارة الدولية ممتنعة عن إعطاء أي تصريح بشأنه ؛ لأنه لم يتبلور بعد .

التقسيم الخامس : الاعتماد القابل للتحويل وغير القابل للتحويل :

عندما يحتاج البائع إلى دفع مبالغ إلى منتجين أو موردين ليشتري البضاعة التي سيشحنها إلى الآمر بفتح الاعتماد فإنه يفضل أن يسلك أحد الطريقين :

---

(١) هذه الترجمة أعدت بواسطة الغرفة التجارية الصناعية بالرياض بالمملكة العربية السعودية ، واعتمدتها غرفة التجارة الدولية كترجمة رسمية لها .

(٢) See : Sir joseph Gold : Relations Between Bank Loans. Agreements and Standby Arrangements, International, Law Rev, Sept 1983, P 28 - 35.

١ - طريق فتح اعتماد ظهير Back to back credit أي أن يفتح اعتمادًا جديدًا بضمان الاعتماد المفتوح لصالحه ، ويكون المنتج أو المورد هو المستفيد في الاعتماد الظهير الجديد .

٢ - طريق تحويل الاعتماد المفتوح لصالح نفسه أو جزء منه ، ويكون الاعتماد قابلًا للتحويل مرة واحدة ، ولكن يجوز تجزئة هذه المرة بين عدد من الموردين أو المنتجين .

والأصل أن الاعتماد غير قابل للتحويل إلا إذا نص فيه على ذلك ، ويأخذ التحويل صفة الاعتماد الأصلي ، فيكون مثله قابلًا للنقض ، أو قطعيًا ، أو مؤيدًا .

التقسيم السادس : الاعتماد القابل للتجزئة وغير القابل للتجزئة :

يكون الاعتماد قابلًا للتجزئة عندما يسمح بشحن البضاعة شحنًا جزئيًا ، أي على دفعات على أن يتم الوفاء من قيمة الاعتماد بنسبة ما يتم شحنه من البضاعة .

ويكون غير قابل للتجزئة إذا كان يجب على المستفيد فيه تقديم البضاعة دفعة واحدة ، ويدفع له على دفعات أو دفعة واحدة حسب ما إذا كانت هناك تسهيلات موردين أو لا توجد تسهيلات ، وتقضي قواعد غرفة التجارة الدولية بأنه يجوز تجزئة الاعتماد (وبالتالي تجزئة الشحن) إلا إذا نص الاعتماد على منعها (المادة ٤٤) .

والتجزئة قد تكون مكانية وقد تكون زمانية ، فالتجزئة المكانية هي السماح بشحن البضاعة على أكثر من سفينة في وقت واحد ، كأن يكون للبائع عدة مصانع في مدن مختلفة ، ويختار أقرب ميناء إلى كل مصنع لشحن البضائع على سفن مختلفة ، ولكن لا يعتبر من قبيل التجزئة المكانية نقل البضائع من سفينة إلى أخرى في الطريق ؛ لأنه لا يقدم عدة سندات شحن كما في الحالة السابقة ، وإنما يقدم شحن واحد يغطي النقل بمختلف مراحله .

والتجزئة الزمانية نقصد بها السماح بتوريد البضاعة على دفعات في أوقات مختلفة ، والاعتماد القابل للتجزئة - كالاعتماد غير القابل للتجزئة - قد يكون اعتماد استيراد أو اعتماد تصدير ، وقد يكون محليًا أو خارجيًا ، وقد يكون قابلًا للتحويل أو غير قابل للتحويل .

التقسيم السابع : الاعتماد المحلي والاعتماد الخارجي :

إذا كان البائع والمشتري مقيمين في دولة واحدة ، وفتح لصالح البائع اعتماد لدى بنك نفس بلدهما ، فإنه يكون اعتمادًا محليًا ، أما إذا كانت الدولتان مختلفتين فإن الاعتماد يكون خارجيًا .

وتظهر أهمية هذا التقسيم في أن الاعتماد الخارجي يحتاج إلى تحويل نقد أجنبي عادة ، كما أنه تظهر الحاجة إلى التأييد اعتمادًا مؤيدًا .

والاعتماد الخارجي يكون دائمًا اعتماد استيراد ، أما الاعتماد المحلي فلا يكون اعتماد استيراد ، وإنما يكون اعتماد تصدير ، وقد يكون غير معلق باستيراد ولا بتصدير ، وذلك إذا كان ضامنًا بتسليم بضائع جملة .

وكثيرًا ما يكون البائع والمشتري في الاعتماد المحلي شخصًا واحدًا ، كما يحدث من التجار في مدينة بورسعيد الذين يسحبون بضائع مخزنة لحسابهم في المنطقة الحرة بالميناء إلى داخل المدينة أو خارج مدينة بورسعيد ، أي إلى المدن المصرية الأخرى ، فيفتح البنك اعتمادًا محليًا لاستيفاء الشكل أمام الجمارك ، ولكن تودع بالبنك المركزي المبالغ التي تحددها قراراته بالنسبة إلى كل اعتماد ، ويجوز أن يكون الاعتماد المحلي أو الخارجي قابلًا للنقص أو قطعيًا .

التقسيم الثامن : الاعتمادات المقدمة والمنجزة والمؤجلة :

الاعتماد المنجز : هو الذي فيه تدفع قيمة البضاعة عند تقديم مستندات شحنها مطابقة لشروط الاعتماد ، وللبنك المعين لتداول المستندات أن يقوم بخصم كمبيالة المستفيد ، ويسمى هذا باعتماد الخصم .

ولكن مصدري الأصواف في إستراليا ، ونيوزيلندا ، وجنوب إفريقيا كانوا يحرصون على الحصول على دفعة مقدمة من قيمة الاعتماد ، ومن تقاليدهم عرف الاعتماد المقدم، وجرى العمل على أن يحرر شرط الدفع المقدم في الاعتماد بالمداد الأحمر ، وعرف الشرط بشرط المداد الأحمر ، وقريب منه شرط المداد الأخضر ، وهو يسمح بالدفع المقدم ، ويزيد أنه يغطي مصاريف تخزين البضائع باسم البنك .

وقد يكون الاعتماد مؤجلًا حتى يتيح الفرصة للمستورد أن يقوم بتصريف جزء من

البضاعة ليتمكن من الدفع ، ويسمى الاعتماد في هذه الحالة اعتماد القبول ، وقد يكون المشترط فيه هو التوقيع بالقبول على كمبيالة يسحبها المستفيد على البنك فاتح الاعتماد ويسحبها على الآمر ويوقع البنك بوصفه ضامنًا ، وقد يكون اعتمادًا مؤجلًا يكتفى فيه بالوفاء في المواعيد المنصوص عليها في الاعتماد المستندي دون سحب الكمبيالة (المادة ١١ من قواعد غرفة التجارة الدولية) .

التقسيم التاسع : اعتماد الدفعة الواحدة ، والاعتماد الدائري أو المتجدد :

وللاعتماد الدائري أو المتجدد صورتان : مجمع وغير مجمع ، فإذا كان على المستفيد تقديم مستندات كل دفعة على حدة كل شهر فلم يتقدم بمستندات في أحد الشهور ، وبالتالي سقط حقه في الدفعة الخاصة بهذا الشهر ، فهذا الاعتماد المتجدد غير مجمع ، وإذا كان له أن يتقدم في الشهر التالي بمستندات تساوي قيمة الدفعتين فهذا الاعتماد مجمع .

ويشترك الاعتماد المتجدد مع تجديد الاعتماد (مد أجله) في أن كلًّا منهما يمد فترة تنفيذ الاعتماد فترات متساوية في الأول ، وفترات متساوية أو غير متساوية في الثاني ، ومع ذلك فهناك فرق جوهري بين الاعتماد المتجدد وبين تجديد الاعتماد أو مد أجله ، فمد الأجل ليس التزامًا على البنك أو الآمر ، بل يخضع لاختيارهما وإرادتهما ، أما الاعتماد المتجدد فهو يتجدد تلقائيًا تجديدًا ملزمًا للبنك ، ويختلف الاعتماد الدائري عن الاعتماد القابل للتجزئة : فهذا الأخير تنقص قيمته كلما قدم جزء من البضاعة ودفع ثمنه ، أما الأول فلا تنقص قيمته بتوريد دفعة من البضاعة ودفع ثمنها ، وإنما يعود مبلغ الاعتماد إلى الظهور من جديد .

التقسيم العاشر : الاعتماد المضمون والاعتماد غير المضمون :

الاعتماد غير المضمون : هو الذي تكون المستندات فيه مقدمة باسم المشتري ، أو لأمره ، أو لأمر البائع ، ومُظهرة منه للمشتري ، وبالعكس يكون الاعتماد المضمون هو الذي تصدر فيه المستندات باسم البنك ، أو تكون مظهرة إليه .

وأهمية الفرق تظهر في أنه لم يدفع العميل للبنك فاتح الاعتماد قيمة المستندات فإنه من الصعوبة بمكان أن يتسلم البنك البضاعة بموجب مستندات ليست صادرة باسمه

أو لأمره ، واستخدام حق الحبس على المستندات لا يمنع المشتري من الحصول على نسخة ثانية من المستندات يتسلم بموجبها البضاعة .

التقسيم الحادي عشر : الاعتماد المغطى وغير المغطى :

في الاعتماد المغطى يحصل البنك من العميل الآمر على غطاء للاعتماد ، وقد يكون هذا الغطاء نقديًا ، سواء كان غطاء عينيًا ، أي غطاء من أوراق مالية أو أوراق تجارية ، أو رهن بضائع أو رهنًا عقاريًا ، والغطاء العيني هو في الواقع ضمانات للتسهيل الممنوح من البنك للآمر لفتح الاعتمادات .

وتكون عمولة البنك على الاعتماد المغطى بالكامل أقل من عمولته على الاعتمادات الأخرى .

التقسيم الثاني عشر : الاعتماد العام والاعتماد الخاص :

ينظر في هذا التقسيم إلى البنك الوسيط الذي يوجه إليه خطاب الاعتماد المستندي ، فقد يوجه الاعتماد إلى بنك معين أبلغ المستفيد به ، فيسمى اعتمادًا خاصًا ، وقد يوجه بدون تحديد لبنك معين ويترك مفتوحًا لتدخل أي بنك يرغب الاضطلاع به ، فيسمى اعتمادًا عامًا ، أو اعتمادًا مفتوحًا .

التقسيم الثالث عشر : الاعتمادات النقدية واعتمادات المبادلة :

في الاعتماد النقدي يتم تحويل قيمة الاعتماد إلى المستفيد نقدًا بالعملة المتفق عليها للوفاء ، أما اعتماد المبادلة فتتم العملية فيه مقايضة لا بيعًا أي يكون المقابل فيه عينًا لا نقدًا ، فهو عبارة عن مبادلة سلع مقابل سلع مستوردة بنفس القيمة أو بقيمة أقل مع الفرق نقدًا ويضمنه الاعتماد المستندي .

التقسيم الرابع عشر : الاعتماد الأصلي والاعتماد المساعد :

الاعتماد المساعد هو الذي يفتح بواسطة المستفيد من اعتماد أصلي ؛ لكي يدفع مبالغ من ثمن البضاعة إلى أشخاص أنتجوها أو وردوها إليه ، وقد ذكرنا هذا الاعتماد من قبل عند كلامنا على الاعتماد القابل للتحويل ، وهذا الاعتماد يستخدم في الحالات التي ينص فيها الاعتماد الأصلي على أنه غير قابل للتحويل أو يكون قابلًا للتحويل ، ويحول جزء منه مرة واحدة ولا يمكن تحويل الباقي ، فيستخدم الاعتماد المساعد بضمان هذا الجزء الباقي .

ثانيًا : وجهة نظر الفقه الإسلامي في أنواع الاعتمادات :

درج الفقهاء المعاصرون على أنه حيثما تكون معاملة من المعاملات حديثة العهد - ولم تبحث في أمهات الكتب الفقهية ، ولم تجر فيها اجتهادات سابقة ، ولم يرد بها نص من كتاب أو سنة - فإنهم يلجأون إما إلى القياس أو الاستحسان ، وإما إلى باب المصالح المرسلة في أصول الفقه ؛ ليستمدوا أحكامًا لفرعيات هذه المعاملة .

وهذا هو ما يمكن عمله في موضوع الاعتمادات المستندية ، فيما يتعلق باعتمادات الاستيراد والتصدير ، لا شك في أن الاستيراد والتصدير جائزان شرعًا ، وقد مارسهما رسول الله ﷺ مع سائر التجار من قريش ، حين كانوا يأخذون عروض التجارة الموجودة لديهم من مكة إلى الشام تارة ، وإلى اليمن تارة أخرى ، حيث يبيعونها هناك ، وهذه تعتبر عملية تصدير ، ويشترون من الثياب والأطعمة وغيرها وما يجلبونه إلى مكة وهذه عملية استيراد ، وقد اعتبرها القرآن من النعم الجليلة التي تستحق الشكر ، فقال في سورة قريش : ﴿ لِإِيلَٰفِ قُرَيْشٍ ۝ إِۦلَٰفِهِمْ رِحْلَةَ ٱلشِّتَآءِ وَٱلصَّيْفِ ۝ فَلْيَعْبُدُوا۟ رَبَّ هَٰذَا ٱلْبَيْتِ ۝ ٱلَّذِىٓ أَطْعَمَهُم مِّن جُوعٍ وَءَامَنَهُم مِّنْ خَوْفٍۭ ﴾ [قريش : ١ - ٤] ، واعتماد الاستيراد أو التصدير باعتبارهما وسيلة لسداد الثمن في عقود البيع ، فإنهما يعتبران من تطبيقات قاعدة : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] ، كما ينطبق عليهما الحديث الشريف : « **المسلمون على شروطهم إلا شرطًا حرم حلالاً أو أحل حرامًا** » ، قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، وقد روي هذا الحديث من طرق متعددة فيها ضعف ، ولكن الإمام ابن تيمية قال : إن اجتماعها من طرق يشد بعضها بعضًا (١) .

كذلك تخضع بقية أنواع الاعتمادات المستندية لنفس هذه القواعد ، فهي إما عقود وإما شروط في عقود ، ويستوي أن يقع التعامل بين بلاد إسلامية أو بين بلد إسلامي وبلد غير إسلامي ؛ لأن الوفاء لا يختلف ، وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن تيمية : « نعلم أن العهود يجب الوفاء بها إذا لم تكن محرمة وإن لم يثبت حالها بشرع خاص ، كالعهود التي عقدوها في الجاهلية ، وأمروا بالوفاء بها .. وذكرنا أنه لا يشرع إلا ما شرعه الله ، ولا يحرم إلا ما حرمه الله ؛ لأن الله ذم المشركين الذين شرعوا من الدين ما

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية : (١٤٦/٢٩ ، ١٤٧) .

لم يأذن به اللَّه ، وحرموا ما لم يحرمه اللَّه .

فإذا حرمنا العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه اللَّه ، بخلاف العقود التي تتضمن شرع دين لم يأذن به اللَّه ، فإن اللَّه قد حرم أن يشرع من الدين ما لم يأذن به ، والعقود في المعاملات هي من العادات يفعلها المسلم والكافر وإن كان فيها قربة من وجه آخر ، فليست من العبادات التي يفتقر فيها إلى شرع كالعتق والصدقة » (١) .

وليس في استخدام الآلآت الحديثة كالتلكس والفاكس والسويفت ما يخالف الشرع ، فذلك يدخل في باب المصالح المرسلة التي لم يرد في الشرع دليل على تحريمها أو إهدارها ، بل إن فيها نفعًا للناس ؛ لأنها توفر الوقت وتعين على سرعة الوفاء بالحقوق ، وهذا أمر مندوب شرعًا .

المطلب الثاني : أنواع المستندات :

أولًا : المستندات في القوانين الحديثة :

يعبر بكلمة المستندات أحيانًا عن سند الشحن وحده ، ولكن هذا معنى خاص للكلمة ، والغالب السائد أن المقصود بالمستندات هو مجموعة الأوراق التي تمكّن المستفيد من صرف قيمة الاعتماد .

وتقسم المستندات إلى نوعين : مستندات رئيسية أو جوهرية ، وهي : سند الشحن ، ووثيقة التأمين ، والفاتورة .

ومستندات تكميلية ، وهي أوراق لا حصر لها تطلب لغايات معينة يبتغيها المتعاملون في كل اعتماد ، ومن أمثلتها : الفاتورة القنصلية - شهادة المنشأ - شهادة التفتيش - شهادة الخلو من الآفات الزراعية - شهادة التحليل والخواص - الشهادة الصحية بالنسبة للحيوانات الحية ، وسنتحدث عن كل نوع من هذه المستندات بالتفصيل .

أولًا : سند الشحن : وهو الوثيقة التي يوقعها ربان السفينة إثباتًا لعقد النقل واستلام البضاعة .

ويتخذ سند الشحن شكلًا من أشكال التداول المدنية والتجارية ، فقد يكون سندًا

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية : (١٥١/٢٩ ، ١٥٢) .

اسميًا ، وقد يكون سندًا إذنيًا أو للأمر ، وقد يكون سندًا للحامل .

ويختلف سند الشحن عن مشارطة إيجار السفينة التي تحرر عادة عند استئجار السفينة كاملة ، وهذه المشاركة لا تقبل في معاملات الاعتمادات المستندية إلا إذا نص خطاب الاعتماد على قبولها ، كما أنه إذا قدم سند شحن فإنه يجب ألا يتضمن إحالة إلى مشاركة إيجار ، أو إشارة إلى أن الربان وقع عليه بحالته دون أن يعني ذلك تعديلًا في مشاركة الإيجار ، فمثل هذا السند يجب على البنك أن يرفضه ؛ لأنه يعطي الأرجحية عند النزاع لمشاركة الإيجار .

كذلك يختلف سند الشحن عن بيان البضائع المشحونة ، وهو ورقة يعدها الشاحن ولا يوقع عليها الربان .

ويختلف سند الشحن عن إذن الشحن ، وهو تصريح من الناقل للشاحن بتسليم البضاعة في مكان معين .

ويختلف سند الشحن عن الإيصال المؤقت ، وهو الورقة التي تفيد حصول تسليم البضاعة في المكان المعين في إذن الشحن ، وهي ورقة لا تغني عن تحرير سند الشحن .

ويختلف سند الشحن عن سند الإعداد للشحن ، أو السند برسم الشحن ، وهو سند لم تحدد فيه السفينة التي ستشحن عليها البضاعة ، وإن كان يفيد أن الناقل قد تسلم البضاعة .

ويختلف سند الشحن عن أمر التسليم الذي يصدر في حالات يكون فيها سند الشحن إجماليًا ، أي صادرًا عن بضائع تخص عدة مشترين ، فيصدر أمرًا بتسليم كل منهم ما يخصه من الشحنة [1] .

وقريب من أمر التسليم : إذن الاستلام ، وهذا الإذن ليس سند شحن ، ولكنه يعطى في مقابل رد سند الشحن ، وبموجبه يتسلم المرسل إليه الشحنة من السفينة .

ويؤدي سند الشحن الوظائف التالية :

١ - يثبت شحن البضاعة على السفينة .

---

(١) انظر تفاصيل أمر التسليم في كتابنا موسوعة أعمال البنوك - الطبعة الأولى - (٨٤٧/٢ ، ٨٤٨) ، فقرة (٧٩٧) .

٢ – يثبت عقد النقل إذا لم تكن هناك مشارطة إيجار .

٣ – يقوم بوظيفة سند ملكية البضاعة أو سند يمثل البضاعة ، بمعنى أنه يمكن إجراء التصرفات القانونية على البضاعة بإجرائها على السند ذاته ، فنقل الملكية والرهن وغيرها من التصرفات تتم بواسطة نقل ملكية السند أو رهنه والبضاعة ما تزال في عرض البحر وليست تحت سيطرة المالك .

٤ – ينقل التصرف في سند الشحن الناشئ عن عقد النقل من المتصرف إلى المتصرف إليه .

ويتضمن سند الشحن البيانات التالية :

أسماء الأطراف ، واسم المستفيد ، تاريخ الشحن ، وميناء الشحن ، وميناء التفريغ ، واسم الشاحن ، والأجرة ، وبيان جنس البضاعة ، ومقدارها ، والعلامات المميزة لها ، والوزن القائم ، وتوقيع الربان والشاحن ، ويجب أن يكون توقيع كل منهما في المكان المخصص له ، فإذا وقع الربان مكان الشاحن كان سند الشحن مرفوضًا من البنوك التي تتداول المستندات .

ونكتفي في التعريف بسند الشحن بهذا القدر ، على أن نعود إليه عند بحث مدى تطابق المستندات مع الاعتماد (١) .

ثانيًا : وثيقة التأمين : يحتاج المستفيد من الاعتماد المستندي إلى تقديم وثيقة تأمين على البضاعة المشحونة في البيوع التي تقتضي منه ذلك باعتباره بائعًا ، مثل البيع سيف ، أو البيع فوب الذي يعهد إليه فيه المشتري بإبرام التأمين لحسابه .

وتختلف وثيقة التأمين عن طلب التأمين الذي يتقدم به المستأمن ، والذي يعتبر إيجابًا لعقد تأمين وليس وثيقة تأمين .

كما تختلف وثيقة التأمين عن المذكرة المؤقتة ، وهو المستند الذي يحتوي القواعد الأساسية للتأمين والتزامات الأطراف ويوقع من المؤمن له ، وقد تحرر بعد ذلك وثيقة

---

(١) يوجد في مجال النقل الجوي ما يسمى بخطاب النقل الجوي ، وكذا إيصال النقل النهري أو البري ، ولكن لقلة استعمال هذه الوسائل في مسائل الاعتمادات المستندية ، فإننا لن نتعرض لها هنا ونحيل في شأنها إلى كتابنا موسوعة أعمال البنوك ، (٢/٨٧٣ – ٨٨١) .

تأمين وقد لا تحرر ، وقد لا يقصد الطرفان من المذكرة المؤقتة تأكيد العقد ، وإنما يقصدان الاحتفاظ لكل منهما بحق العدول ؛ لذلك لا تقبل المذكرة المؤقتة بديلًا عن وثيقة التأمين ؛ لأنها قد تكون من النوع الذي يجوز الرجوع فيه .

وتكون وثيقة التأمين في أحد الأشكال التجارية (مثل سند الشحن) ، فقد تكون اسمية أو إذنية أو للحامل ، كذلك يمكن أن تصدر لصالح من يثبت له الحق في التأمين ، وللآمر بفتح الاعتماد أن يحدد في تعليماته للبنك الشكل الذي يريده في وثيقة التأمين .

وتتضمن وثيقة التأمين بيانات معينة هي : تاريخ وساعة تحرير الوثيقة وأسماء الأطراف ، وبيان البضائع المؤمن عليها ، ومبلغ التأمين ، والأخطار المؤمن منها ، ومدة التأمين ، وقسطه ، ومكان شحن البضاعة ، وشرط التحكيم .

وسوف نعود إلى الكلام عن وثيقة التأمين عند مطابقتها على خطاب الاعتماد .

ثالثًا : الفاتورة التجارية : وهي بيان عن كمية البضائع ، ووحداتها ، وأوصافها ، وسعر الوحدة منها ، وإجمالي قيمتها ، وقيمة النقل والتأمين عليها ، وقد ذكر فيها رقم الاعتماد الذي حررت بشأنه ، فهي مستند شامل لجميع ما يطلبه المستفيد من الاعتماد ، ولذلك يمكن الاكتفاء بتقديمها مع سائر المستندات دون سحب كمبيالة ، ويجب أن يكون وصف البضاعة في الفاتورة مطابقًا لما هو مذكور في الاعتماد ، وأن تكون الفاتورة موقعة من المستفيد .

وقد يشترط المشتري أن تكون الفواتير معتمدة منه قبل دفع قيمتها إلى البائع ، وفي هذه الحالة يجب على البائع ألا يرسل الفواتير مع باقي المستندات بعد الشحن ، وإنما عليه أن يرسل الفواتير وحدها قبل الشحن إلى المشتري ليعتمدها ، فإذا وافق عليها كان على البائع أن يقوم بالشحن وإرسال المستندات وفق الفاتورة المعتمدة إلى البنك للحصول على قيمتها ، وتقترب الفواتير في هذه الحالة من الفواتير المبدئية Preform Invoice .

والفاتورة المبدئية فاتورة تقدم عند التعاقد بين البائع والمشتري مبينة مكونات البضاعة ، وثمن الوحدة ، والثمن الإجمالي ، وعلى ضوئها يفتح المشتري الاعتماد المستندي لدى البنك ، وكثيرًا ما يرفق صورة منها مع طلب فتح الاعتماد .

رابعًا : المستندات التكميلية أو الإضافية : قدمنا أنه لا يمكن وضع حصر للمستندات التي تطلب زيادة على المستندات الرئيسية التي بيناها فيما تقدم ، ومن أبرز هذه المستندات :

١ - إيصال الإيداع : ويستخدم لإثبات أن البضاعة أودعت أحد المخازن العمومية .

٢ - إذن التسليم : وبه يتسلم المرسل إليه البضاعة في ميناء الوصول من أمين الحمولة .

٣ - الفاتورة القنصلية : وهي فاتورة عادية تقدم إلى قنصل بلد المشتري المقيم في بلد البائع أو في ميناء الشحن ليؤشر عليها أن البضاعة المبينة بها من صنف جيد ، وأن أسعارها مطابقة للأسعار السائدة ، وقد يذكر فيها كون البضاعة من إنتاج بلد البائع .

٤ - شهادة المنشأ : وتصدر عن الغرفة التجارية أو بعض الجهات الحكومية تبيِّن البلد الذي أنتجت فيه البضاعة ، وبلد المنشأ يختلف عن بلد المصدر ، وهو البلد الذي استوردت منه البضاعة مباشرة ولو كان لا ينتجها ، وتستخدم شهادات المنشأ والمصدر في البلاد العربية خاصة ؛ للتحقق من دقة تنفيذ المقاطعة الاقتصادية لإسرائيل .

٥ - شهادات الوزن أو الخواص أو التحليل : وذلك للتحقق من وزن البضاعة ، أو كونها تتضمن خواص أو عناصر معينة ، وقد تسمى بالشهادة النوعية ، ويشترط صدورها من جهات فنية متخصصة .

٦ - الشهادة الصحية : وتفيد خلو الحيوانات الحية المشحونة من الأمراض .

٧ - قائمة التعبئة : وتتضمن بيانات عن الأوزان الصافية والقائمة لكل طرد من البضاعة .

٨ - شهادات شركات المراجعة أو التفتيش : وهي المختصة بالإشراف على التعبئة ، ومراجعة البضاعة عند الشحن .

٩ - شهادة الخلو من الآفات الزراعية : وذلك بالنسبة للشحنات النباتية .

ثانيًا : أنواع المستندات من وجهة نظر الفقه الإسلامي :

تستجيب المستندات في مسائل الاعتمادات المستندية لقاعدة أساسية واردة في القرآن الكريم في آية المداينة بسورة البقرة ، وهي قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] .

كما تتفق مع نص هذه الآية في أن المدين هو الذي يمليها ، سواء في سند الشحن ؛

إذ يملي في بيان البضائع المشحونة ما يكتب من بعد سند الشحن ، أو في طلب التأمين الذي تنقل عنه بيانات وثيقة التأمين ، أو في الفاتورة وهو الذي يوقعها ، أو في المستندات الإضافية التي يحاول أن يثبت بها تحقق صفات أو وقائع معينة ، وهذا كله يستجيب للآية : ﴿ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] .

ولأن هذه التجارة ليست تجارة حاضرة فإن إثباتها بالكتابة واجب طبقًا لنفس الآية ، فهي لا تجيز التعامل إلا إذا كانت : ﴿ تِجَـٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ﴾ [البقرة: ٢٨٢] .

وتقديم المستندات التكميلية أو الإضافية للتدليل على سلامة البضاعة أو خواصها أو توافر عناصر معينة فيها أو إثباتًا لخلوها من الآفات ، كل ذلك يستجيب للآية الكريمة باعتبار أن هذا كله أنواع من الشهادة الكتابية : ﴿ وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] .

وهكذا نجد أن موضوع المستندات ليس فيه ما يخالف الشرع ، وإنما قد تأتي المخالفة من ناحية جنس البضاعة المشحونة ، كما لو كانت شحنات من الخمر أو الخنزير فإنها تكون حرامًا ، والمعاملات المرتبطة بها عندئذ تكون حرامًا .

* * *

المَبْحَثُ الثَّانِي

علاقات الأطراف والتزاماتهم

ينشئ الاعتماد المستندي علاقات ثلاثية الأطراف ، هي :

١ - علاقة المشتري بالبائع .

٢ - علاقة المشتري بالبنك فاتح الاعتماد .

٣ - علاقة البائع بالبنك فاتح الاعتماد أو البنك المؤيد .

ويمكن أن تضاف إلى هذه العلاقات الأساسية علاقة قد توجد أحيانًا ، وهي علاقة البنك فاتح الاعتماد بالبنك المؤيد وبنك التداول .

وينشئ الاعتماد المستندي التزامات على الأطراف وحقوقًا لكل منهم ، فهناك عقد تبادلي ملزم للجانبين يربط المشتري بالبنك فاتح الاعتماد ، أما المستفيد فهو يفيد من الاعتماد حقًّا ولا يتحمل عنه بأي التزام ؛ إذ إن ما قد يقال إنه التزامات عليه ما هو في الحقيقة إلا القيود التي تحدد في الاعتماد .

ولذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : علاقات الأطراف في القانون والفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : التزامات الأطراف في القانون والفقه الإسلامي .

المطلب الأول : علاقات الأطراف في القانون وفي الفقه الإسلامي :

سنتناول العلاقات التي أشرنا إليها في مقدمة هذا المبحث بشيء من التفصيل أو علاقة البائع بالمشتري وعلاقة المشتري بالبنك وعلاقة البائع بالبنك .

أولا : علاقة البائع بالمشتري :

العلاقة الأساسية التي تنشئ الاعتماد المستندي هي علاقة البائع بالمشتري أو عقد البيع ، ولا يأمن البائع أن يسلم المشتري البضاعة فلا يدفع ثمنها ، كما أن المشتري

لا يأمن أن يسلم البائع الثمن فلا يقوم بتوريد البضاعة ، ومن خلال فجوة عدم الثقة هذه بين الجانبين ابتدعت البنوك الوسيلة التي توفر الثقة للجانبين وهي الاعتماد المستندي .

وعن عقد البيع ينقل إلى الاعتماد المستندي عدد من الشروط عن البضاعة المطلوبة ، وثمنها ، ووقت توريدها وغير ذلك .

ويجب أن يكون عقد البيع حقيقيًا ، فإذا كان عقدًا صوريًا ويستر غرضًا غير مشروع كان عقدًا باطلًا ، والعقود المرتبطة به لنفس الغرض تكون باطلة كذلك ، ومن أبرز الحالات التي يقع فيها هذا البطلان حالة التحايل على الحصول على نقد أجنبي في الدول التي توجد فيها قيود صارمة للرقابة على النقد الأجنبي ، حيث يقوم بعض مواطنيها بإبرام عقود مع أجانب ؛ لاستيراد بضائع منهم ودفع ثمنها من خلال اعتمادات مستندية بالعملات الأجنبية ، ثم يتضح بعد ذلك أن عملية الاستيراد عملية وهمية ، وأنه لا يوجد في صناديق البضاعة إلا قدر محدود منها لا يساوي نصف أو ربع قيمة العملات التي تم تحويلها إلى الخارج ، وبذلك يستخدمون الاعتماد المستندي ، وعقد البيع الصوري وسيلة لتحويل ثرواتهم من العملة الوطنية إلى عملات صعبة يتسلمونها في الخارج من خلال الأجانب الذين يتعاملون معهم ، والبنوك الأجنبية التي تحول إليها تلك المبالغ .

وما لا شك فيه أيضًا أن البيع يكون باطلًا ، وبالتالي الاعتماد المستندي إذا كان موضوعهما استيراد أشياء تحرمها الشريعة الإسلامية مثل : الخمور ولحوم الخنازير ؛ لأنها أموال غير متقومة في نظر الشرع ، بل إن هذا البطلان يمتد أيضًا إلى عقد النقل وسند الشحن ووثيقة التأمين ، والكمبيالة المستندية .

وضمانًا لقيام البائع بتنفيذ التزاماته قد يطلب منه المشتري استصدار خطاب ضمان مصرفي لصالحه ، وبذلك يكون الخطاب سلاحًا في يد المشتري ، كما أن الاعتماد سلاح في يد البائع ، ويبارز كل منهما الآخر بسلاحه ، ومن شأن هذا الحل أن يوجد توازنًا في القوة بين الجانبين في العقد ، وهذه أمور محمودة في الشريعة الإسلامية .

ثانيًا : علاقة المشتري بالبنك :

عندما يتم إبرام عقد البيع بين البائع والمشتري يدخل مرحلة التنفيذ ، وعلى كل

طرف أن ينفذ التزاماته ، والتزام المشتري بدفع الثمن يسدد من خلال اعتماد مستندي لدى البنك ، وإذا كان تأييد هذا الاعتماد مشترطًا في عقد البيع ، فإن المشتري يطلب إلى البنك فاتح الاعتماد أن يكلف أحد مراسليه في الخارج ، أو يكلف البنك الذي قد يشترطه البائع بأن يقوم بتأييد الاعتماد .

وقد لا يكون التأييد مطلوبًا وإنما يُكتفى بتحديد بنك يقوم بتلقي المستندات وإجراء الخصم عليها ، أو دفع قيمتها مباشرة ، أو إرسالها للبنك فاتح الاعتماد ليدفع ، ويسمى هذا البنك المعين .

وقد يقتضي البنك فاتح الاعتماد من المشتري الآمر غطاءً للاعتماد يبقى تحت البنك كضمان ، وهذا الغطاء تتفاوت قيمته حسب مدى توافر ثقة البنك في العميل المشتري ، فإذا زاد الثقة قل الغطاء أو تلاشى ، وإذا قلت الثقة ارتفع مبلغ الغطاء حتى قد يصل إلى (١٠٠٪) من قيمة الاعتماد ، وهذا الغطاء يمكن أن يكون غطاءً نقديًا وهو الغالب ، وقد يكون غطاءً عينيًا ، وينطبق على هذا الغطاء من الناحية الشرعية قوله تعالى : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ، فالرهن مشروع في الإسلام ، ويقصد به الرهن الحيازي لقوله : ﴿ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾ .

ثالثًا : علاقة المستفيد بالبنك :

ليس هناك عقد بين المستفيد والبنك ، وذلك على خلاف العلاقتين السابقتين ، فالمستفيد يتلقى حقًا نتيجة التعاقد بين المشتري والبنك على فتح الاعتماد ، وهو لا يلتزم بالتزام من هذا التعاقد ، بل التزاماته ناشئة من عقد البيع ؛ لذلك فإن المستفيد يعتبر في هذه الحالة منفعًا من اشتراط لمصلحة الغير مبرم بين المشتري والبنك ، والحق الذي يتلقاه من الاشتراط لا يلزمه بأي التزام ، كما أنه يحق له أن يستخدم هذا الحق ويطالب به عن طريق تقديم المستندات المشترطة للحصول عليه ، أو أن يتخلى عنه ولا يستخدمه ولا يقدم المستندات والبضاعة ، دون أن يرتب ذلك مسؤولية عليه أمام البنك فهو غير ملزم بموجب الاعتماد ، وإنما تترتب المسؤولية عليه أمام المشتري طبقًا لعقد البيع المبرم بينهما .

والاشتراط لمصلحة الغير صورة يقرها الفقه الإسلامي ، ولا تختلف في أحكامها عما هو معروف في القوانين الحديثة ، ويتأثر هذا الاشتراط بما يتأثر به عقد البيع من عدم المشروعية ، كما في حالة التحايل على اختراق قوانين العملة أو التعامل في المحرمات

كالخمر والخنزير .

وسيأتي في التكييف الشرعي للاعتماد شرح للاشتراط لمصلحة الغير ، وكيف أننا نستمده من آيات القرآن الكريم .

المطلب الثاني : التزامات الأطراف في القانون والشريعة :

سوف نحتاج إلى بيان التزامات الأطراف ، وهو الآمر والبنك فاتح الاعتماد أو البنك المؤيد ، مع التعرض لحكم القانون والشريعة في كل منها ؛ لذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة أقسام : أولها : عن الآمر ، وثانيها : عن البنك فاتح الاعتماد ، وثالثها : عن البنك المؤيد .

أولًا : التزامات الآمر :

يلتزم الآمر بالتزامات معينة ، هي :

١ - تلقي المستندات المطابقة للاعتماد ، ودفع قيمتها للبنك .

٢ - دفع عمولة البنك ، ومصاريفه .

١ - تلقي المستندات ودفع القيمة :

يرتب عقد الاعتماد المستندي بين البنك والآمر التزامًا على الآمر بأن يتلقى المستندات ويتسلمها متى كانت مطابقة لشروط خطاب الاعتماد ، فإذا تراخى في تسليمها بعد إخطاره بورودها وبأنها مطابقة ، فإنه يتحمل كل النتائج التي تترتب على هذا التراخي ، كما لو هلكت البضاعة ، أو تلفت ، أو سرقت .

ويترتب على عقد فتح الاعتماد أيضًا أن المشتري يلتزم بدفع قيمة المستندات ، وهو في الحقيقة يرد إلى البنك قيمة المستندات ؛ لأن البنك يكون قد دفعها إلى المستفيد عند ورودها ، ولا ينتظر حتى يدفع عميله .

ومما لا شك فيه أن قرار البنك بأن المستندات مطابقة لشروط الاعتماد ليس ملزمًا للعميل الآمر بتلقيها ؛ بل له فحصها ، وأن يعترض على ما يكتشفه فيها من اختلافات عن خطاب الاعتماد ، وله بناءً على فحصه إياها أن يرفضها ، ويرفض دفع قيمتها ، ويتركها للبنك ، ويتصرف فيها كيفما شاء ، ولو كان البنك قد دفع قيمتها ، بل ويحق للآمر إذا كانت مدة الاعتماد قد انتهت أن يطالب برد الغطاء المقدم منه .

ويمكن للآمر أن يحتاط ضد تقلبات أسعار النقد الأجنبي بأن يبرم عقود شراء آجلة للعملة ، وعلى عقد آخر بعملة أخرى تعوض له ما قد يحصل من انخفاض للعملة الأولى مع ربط هذه العملات كودائع حتى الوقت الذي يتوقع استخدامها فيه ، ولا يعيب هذه الطريقة سوى مسألة حكم الفوائد على الوديعة ، وهذه مسألة سنتناولها بالبحث في الفصل الثاني من الباب الأخير ، أما عملية الاحتماء فهي مباحة ؛ لأنها احتياط لمختلف الاحتمالات المنتظرة ، وهذا الاحتياط أمر مندوب لما فيه من المحافظة على المال وعدم إهداره ، وهي تقوم على مبادلة عملة بعملة ، مما يعتبر نوعًا من عقود البيع أو آجله ، وهي مشروعة استحسانًا للمحافظة على المال (١) .

٢ - دفع عمولة البنك ومصاريفه :

هذا الالتزام على عاتق الآمر بفتح الاعتماد ، وهو التزام ناشئ عن العقد المبرم بينه وبين البنك ؛ إذ بموجب هذا العقد يلتزم بأن يدفع عمولة البنك ، وهذه العمولة في الحقيقة ليست اتفاقية ، وإنما هي لائحة ؛ لأن البنك المركزي يضع تعريفه للخدمات المصرفية تطبق على البنوك في مصر كافة بما فيها البنوك الإسلامية (٢) ، ولا تعفى البنوك الإسلامية إلا من تطبيق البنود التي تقرر أسعارًا للفوائد دائنة أو مدينة ، وعمولة الاعتماد المستندي تعتبر حقًّا مكتسبًا للبنك ، ولو اتفق الآمر مع المستفيد على إلغائه أو كان قابلًا للإلغاء من جانب الآمر وحده . وقد يلقي الآمر بعبء عمولة الاعتماد على المستفيد ، وإذا رفض المستفيد أن يتحملها رجع البنك على الآمر .

وتشمل مصاريف الاعتماد أجور البرقيات ، والتلكس ، والفاكس ، والبريد ، كما تشمل عمولة البنك المؤيد ومصاريفه ويتحمل بها الآمر ، خاصة في حالة رفض المستفيد تحملها .

وقد حددت عمولة الاعتمادات المستندية في تعريفة أسعار الخدمات المصرفية للبنوك التجارية الصادرة من البنك ، والمعمول بها من أول يوليو ١٩٩١م كالآتي :

---

(١) يرى مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في قراره الأول بدورته السابعة حرمة عقود الشراء والبيع الآجلة للعملة ، وتجوز في السوق الحاضرة بشرط استيفاء شروط الصرف المعروفة من التماثل والتقابض الفوري عند التعاقد .

(٢) ترك البنك المركزي المصري لكل بنك حرية تحديد أسعار الخدمات المصرفية ، وذلك وفقًا لنص المادة (٤٠) من القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ ، بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد .

أولاً : فتح الاعتماد :

تدفع عمولة بواقع واحد في المائة بحد أدنى ثلاثين جنيهًا أو اثني عشر دولارًا أمريكيًا ، أو ما يعادلها بالنسبة للاعتمادات بالاطلاع الخارجية (الدفع مقابل المستندات) ، أو عمولة ثلاثة أرباع في المائة بحد أدنى خمسة وعشرين جنيهًا أو عشرة دولارات أمريكية أو ما يعادلها بالنسبة للاعتمادات المحلية بعملة أجنبية ، وإذا كانت اعتمادات الاطلاع بالجنيه المصري استحقت عمولة واحد في المائة بحد أدنى ثلاثين جنيهًا بالنسبة للاعتمادات الخارجية وثلاثة أرباع بالمائة بحد أدنى خمسة وعشرين جنيهًا بالنسبة للاعتمادات المحلية ، وإذا زادت قيمة الاعتمادات الخارجية والمحلية عن مائة ألف استفادت بتخفيض العمولة إلى الحدود التالية :

- ثُمن في المائة عن الجزء الزائد على ١٠٠ ألف إلى ٣٠٠ ألف جنيه .
- ثلاثة على ستة عشر في المائة عن كل جزء يزيد على ٣٠٠ ألف جنيه ، وذلك طالما أن مجموع الزيادات في حدود قيمة التصاريح المفتوح بموجبها الاعتماد .

أما اعتمادات القبول (القبول مقابل المستندات) ، فتدفع عمولة فتح بواقع ثلاثة أرباع في المائة عن كل ثلاثة شهور أو كسورها بحد أدنى ثلاثين جنيهًا أو اثني عشر دولارًا أمريكيًا ، أو ما يعادلها تحصل عن الفترة من تاريخ فتح الاعتماد حتى تاريخ استحقاق آخر قسط ، وذلك على الرصيد القائم متضمنًا الفوائد عند احتسابها ، وتطبق عليها التخفيضات الخاصة بالاعتمادات بالاطلاع السابق ذكرها .

وعلى الاعتمادات الدائرية تطبق نفس عمولة الاعتمادات بالاطلاع ، وتحتسب عند الفتح على المبلغ الأصلي للاعتماد زائد عمولة إضافية بواقع ربع في المائة تحصل مرة واحدة على إجمالي المبالغ الزائدة عن المبلغ الأصلي ، كما تحصل عمولة الاعتمادات بالاطلاع فقط عن المبالغ التي تدفع خلال الفترة زيادة على المبلغ القابل للاستعمال .

أما الاعتمادات على تسهيلات ائتمانية للبنك فتدفع عنها فتح الاعتمادات بالاطلاع بالإضافة إلى عمولة التسهيلات الائتمانية بواقع نصف في المائة عن الشهور الثلاثة الأولى ، وربع في المائة عن كل شهر إضافي ، وتحصل عمولة التسهيلات الائتمانية مرة واحدة عند فتح الاعتماد عن مدة التسهيل ، أما عن الفوائد المتعلقة بهذا التسهيل وأوضاعه ، فسوف نعالجها في الفصل الأخير .

وهناك اعتمادات تتم في نطاق القروض المبرمة بين مصر وبعض الحكومات وهيئات التمويل الدولية ، وتحصل عنها فتح الاعتمادات بالاطلاع بالإضافة إلى تحصيل عمولة بواقع واحد في الألف سنويًا عن الاعتمادات التي لا تتجاوز قيمتها مليون جنيه تخفض إلى نصف في الألف سنويًا عما يجاوز المليون ، وذلك عن الفترة من تاريخ بدء سداد الأقساط ، حتى تمام السداد على رصيد الالتزام القائم ، وذلك مقابل الالتزام الذي سيصدر من جانب البنك المحلي قبل البنك المركزي ، بقبول خصم قيمة الأقساط في تواريخ الاستحقاق (مع استبعاد فترة السماح إن وجدت) دون تقاضي أية عمولات أخرى ، أما الاعتمادات المستندية في نطاق الصفقات المتكافئة فتحصل عنها عمولة الاعتماد بالاطلاع بالإضافة إلى عمولة بواقع ثمن في المائة من قيمة الاعتماد تحصل مرة واحدة عند الفتح .

في حالة زيادة قيمة الاعتماد تحصل على الزيادة نفس العمولة الخاصة بفتح الاعتماد .

وعند مد أجل الاعتماد تحصل على الرصيد المتبقي من الاعتماد عمولة جديدة بحد أدنى عن كل ثلاثة شهور أو كسورها وفقًا لأسعار الخدمات الموحدة عن كل فترة تأجيل ، ذلك مهما تكن قيمة العمولة التي سبق تحصيلها عند فتح الاعتماد الأصلي ، مع مراعاة أن كل مد أجل لا يمد سريان الاعتماد إلى أكثر من الثلاثة الأشهر التي سبق تحصيل العمولة العادلة عنها يخضع لعمولة قدرها واحد في الألف بحد أدنى خمسة عشر جنيهًا أو ستة دولارات أمريكية أو ما يعادلها .

وفي حالة تعديل الاعتماد (عدا زيادة القيمة أو مد الأجل) تحصل قيمة عمولة قدرها خمسة عشر جنيهًا ، أو ستة دولارات أمريكية ، أو ما يعادلها عن كل بند من بنود الاعتماد يتم تعديله ، وعند قيام بنك محلي بتعزيز اعتماد محلي آخر تحصل عمولة بواقع واحد في الألف بحد أدنى خمسة عشر جنيهًا ، أو ستة دولارات أمريكية ، أو ما يعادلها .

ويستثنى مما تقدم :

أ - تخفض إلى الربع عملات الاعتمادات بالاطلاع في الحالات التالية :

* الاعتمادات المغطاة بتأمين نقدي (بالعملة المصرية أو الأجنبية) من الموارد الذاتية للعميل دون تقديم البنك فاتح الاعتماد بأي تمويل بشأنها بنسبة (١٠٠٪) في حساب مجمد بدون فوائد على ألا يمس التخفيض الحد الأدنى للعمولة .

* الاعتمادات المفتوحة في نطاق منح حكومية غير قابلة للسداد .

كيفية تحصيل العمولة : تحصل عمولات اعتمادات الاستيراد من العملاء المحليين على الوجه الآتي :

تحصل عمولة القطع بواقع (٠,٠٢٪) بدون حد أقصى عند تدبير العملة الأجنبية ما لم توجد عقود صرف آجل فتحصل العمولة عندئذ في تاريخ الاستحقاق بصرف النظر عن تاريخ تدبير العملة ، وتحصل العمولات الأخرى عند فتح الاعتماد ، أو عند زيادة قيمته ، أو مد أجله ، أو إجراء أية تعديلات أخرى عليه ، وذلك عن كل مدة سريان مفعول الاعتماد ، أي عن المدة من تاريخ فتح الاعتماد (أو تعديله) إلى تاريخ انتهاء مدة سريانه (لا إلى التاريخ المحدد للشحن فقط) .

وتعد العمولة المدفوعة حقًّا مكتسبًا للبنك ؛ ومن ثَمَّ لا يجوز له إعادة جزء منها للعميل إذا استعمل الاعتماد جزئيًا أو كليًا قبل استحقاقه ، أو لم يستعمل على الإطلاق ، أو ألغي بناء على طلب العميل (عندما يكون الإلغاء جائزًا) ، على أنه يمكن رد العمولة في حالتين ؛ نظرًا لأن العملية تعتبر ملغاة دون أي ارتباط على البنك : الأولى : حالة رفض الاعتماد من المراسل أو من السلطات النقدية في البلد أو البلاد المشتركة في العملية ، والثانية : حالة ما إذا لم يبلغ المستفيد بمد الأجل ، وتم استعمال الاعتماد في الموعد المنصوص عليه قبل المد .

وتطبق على قيود الخصم على العميل تاريخ الحق الآتي : (سنعود إليها في الفصل الأخير) .

* تاريخ الدفع من المراسل بالنسبة للاعتمادات غير المغطاة مقدمًا لحساب العميل .

* التاريخ الفعلي لدفع القيمة إلى البنك المركزي المصري بالنسبة للاعتمادات المغطاة .

وتعامل خطابات الضمان التي تصدر مقابل مستندات شحن معاملة الاعتمادات المستندية بالنسبة لتطبيق العمولة .

وفي حالة الدفع بعد ميعاد استحقاق الاعتماد تعتبر العملية حوالة برسم التحصيل ؛ نظرًا لانعدام التعهد وقت إجرائها ، وتحصل العمولة من العميل المستورد وفقًا لعمولات الكمبيالات والمستندات الواردة من عملاء الخارج في الحالتين الآتيتين :

الأولى : المبالغ المدفوعة تحت التحفظ بعد انقضاء تاريخ سريان الاعتماد .

الثانية : المستندات الواردة من المراسل مع تعليمات بقيد القيمة لحسابه بعد إتمام التحصيل (لانتهاء أجل استحقاق الاعتماد) .

وتعتبر المدفوعات المقدمة عن عمليات الاستيراد والمشروطة بتقديم خطابات ضمان في حكم الاعتمادات المستندية ، وتسري عليها عمولات الاعتمادات المستندية ، وتحتسب العمولة على هذه العمليات على الوجه الآتي : على المبلغ الكلي للاعتماد (بما فيه الدفعة المقدمة) بالنسبة لفترة الثلاثة شهور الأولى ، وعلى الرصيد بالنسبة للفترة التي تتجاوز ثلاثة شهور ، وإذا لم يتم الدفع لسبب ما خلال الشهور الأولى تحصل العمولة عن الشهور الثلاثة التالية للشهور الثلاثة الأولى على المبالغ الإجمالي .

وفي حالة تعزيز البنك المركزي للاعتماد المستندي يجب على البنك المحلي فاتح الاعتماد أن يقيد على عملية ما يقوم البنك المركزي للبنك المحلي بهذا القيد .

ويتحتم بالنسبة للاعتمادات المؤيدة من البنك المركزي أن تحصل من العملاء ، علاوة على العمولات المنصوص عليها في أسعار الخدمات المصرفية الموحدة عمولة التعزيز التي يتقاضاها البنك المركزي .

ولا يعتبر وضع مبالغ معينة تحت تصرف مستفيد بمصر مقابل استلام بوالص السكك الحديدية والنهرية ، وإيصالات التخزين ، وغيرها ، فتحًا لاعتماد مستندي (باعتبار أنه لا يتضمن تعزيزًا من البنك المركزي) ؛ ومن ثَمَّ لا تخضع هذه العمليات للعمولات الخاصة بالاعتمادات المستندية طالما أنها تتم داخل حدود مصر ؛ بل تسري عليها عمولات الكمبيالات المحلية .

هذا بالنسبة لاعتمادات الاستيراد .

اعتمادات التصدير : تحصل عليها عمولات البنك على الاعتمادات بالاطلاع ، واعتمادات القبول والاعتمادات القابلة للتحويل بالطريقة الآتية :

في الاعتمادات بالاطلاع يحصل البنك على تسليم خطاب اعتماد مباشر باسم المستفيد عشرة جنيهات أو أربعة دولارات أمريكية أو ما يعادلها ، وعلى الإعلان أو الإشعار بدون تعهد نصف في الألف بحد أدنى عشرة جنيهات أو أربعة دولارات أمريكية أو ما يعادلها ، وبحد أقصى أربعين جنيهًا أو خمسة دولارات أمريكية أو ما يعادلها ،

وعلى تعزيز أو فتح مع تعهد واحد في الألف عن كل ثلاثة شهور أو ما يعادلها ، وعلى تعزيز أو فتح مع تعهد واحد في الألف عن كل ثلاثة شهور أو كسورها من تاريخ سريان الاعتماد ، وذلك على المبلغ الكلي للاعتماد سواء استعمل أو لم يستعمل بحد أدنى خمسة عشر جنيهًا أو ستة دولارات أمريكية أو ما يعادلها ، وتحصل نفس العمولة على المتبقي من الاعتماد في حالة مد أجله لأكثر من الشهور الثلاثة التي سبق تحصيل عمولة التعزيز أو التعهد عنها ، كما يحصل على دفع / أو خصم / أو سحب مستندات عن عمليات تصدير أقطان واحد في الألف عن كل دفعة بحد أدنى عشرة جنيهات أو أربعة دولارات أمريكية أو ما يعادلها ، وعن العمليات الأخرى اثنين في الألف عن كل دفعة بحد أدنى خمسة عشر جنيهًا أو ستة دولارات أمريكية أو ما يعادلها ، أما اعتمادات القبول (القبول مقابل المستندات) فتحصل نفس عمولات الاعتمادات بالاطلاع فيما عدا حالة قبول الاعتماد فتكون العمولة اثنين ونصف في الألف عن كل شهر أو كسوره بحد أدنى خمسة عشر جنيهًا أو ستة دولارات أمريكية أو ما يعادلها دون تحصيل عمولة دفع أو خصم أو سحب ، وعلى الاعتمادات الدائرية (تعزيز أو فتح مع تعهد) يحصل واحد في الألف عن ثلاثة شهور أو كسورها من تاريخ سريان الاعتماد على المبلغ الأصلي للاعتماد ، وكذا على المبالغ الزائدة على المبلغ الأصلي في كل فترة ، كما تحصل ذات العمولة عن المبالغ المدفوعة زيادة على المبلغ القابل للاستعمال .

أما الاعتمادات القابلة للتحويل فتحصل العمولات العادية سالفة الذكر زائد العمولة الإضافية الآتية عن أي تغيير في المستفيد : اعتمادات لغاية مائة ألف جنيه : واحد في الألف بحد أدنى عشرة جنيهات أو أربعة دولارات أمريكية أو ما يعادلها ، وفيما يزيد على المائة ألف جنيه إلى مائتين وخمسين ألفًا نصف في الألف بحد أدنى عشرة جنيهات أو أربعة دولارات أمريكية أو ما يعادلها ، وفيما يزيد عن ٢٥٠ ألف جنيه ربع في الألف بحد أدنى عشرة جنيهات أو أربعة دولارات أمريكية أو ما يعادلها ، وفي حالة زيادة مبلغ الاعتماد تحصل ذات العمولات العامة بفتح الاعتماد بالاطلاع على مبلغ الزيادة ، وفي حالة تعديله تحصل عمولة موحدة قدرها خمسة عشر جنيهًا أو ستة دولارات أمريكية أو ما يعادلها ، إذا كان التعديل لا يتناول زيادة القيمة أو مد الأجل ، وللتنازل كليًا أو جزئيًا لمستفيد آخر عن المقابل بالجنيه المصري لحصيلة الصادرات تحصل عمولة واحد في الألف من قيمة المبلغ عنه بحد أدنى خمسة عشر جنيهًا .

أما عن المبلغ المتنازل عنه بحد أدنى خمسة عشر جنيهًا .

تحصل العمولة الإضافة الخاصة بالاعتمادات القابلة للتحويل من المصدر المحلي الذي يجري التحويل ، وتحصل عمولة دفع و / أو خصم و / أو سحب المستندات المتعلقة بجميع أنواع الصادرات من المصدرين المحليين ، وتحصل العمولات الأخرى من البنوك في الخارج ، وتحصل عمولة القبول عن مدة التعهد ، وذلك من تاريخ قبول البنك المحلي للتعهد بالدفع ، ويعفي بنك الصين من عمولات اعتمادات التصدير ، وطبق تاريخ الحق بالنسبة لخصم المستندات بالاطلاع كالآتي : لمصدري الأقطان (إعفاء اتحاد مصدري الأقطان بالإسكندرية) حق تاريخ استلام إشعار الإضافة بقيمة المستندات لتغطية المدفوعات ، ولغير هؤلاء حق تاريخ يوم العمل التالي لاستلام إشعار إضافة قيمة المستندات .

وإذا أبرمت عقود آجلة لتغطية عمليات أقطان والعمولة واحد على اثنين وثلاثين في المائة لغاية مليون جنيه وواحد على أربعة وستين في المائة يزيد عن المليون تحصل مرة واحدة عن كل عملية ، أما إذا كانت العقود الآجلة لتغطية عمليات أخرى غير الأقطان ، فالعمولة هي واحد على ستة عشر في المائة لغاية خمسين ألف جنيه وواحد على اثنين وثلاثين في المائة عن الجزء الزائد عن خمسين ألف جنيه عن كل ثلاثة شهور أو كسورها ، وتسري على كل عقد وعلى كل تأجيل ، وتحصل عمولة اثنين في الألف على الاعتمادات المفتوحة بالعملات الأجنبية دون تلك المفتوحة بالجنيه المصري .

وإذا قدمت مستندات الشحن إلى البنك المفتوح لديه الاعتماد عن طريق البنك المحلي الآخر تقسم عمولة الدفع و / أو الخصم و / أو السحب مناصفة بينهما في حالة قيام البنك الأخير بفحص المستندات ، ومطابقتها على شروط الاعتماد ، ومشاركة البنك المفتوح لديه الاعتماد في المسؤولية الناجمة عن فحص ومطابقة المستندات .

وتستند مشروعية العمولة والمصاريف من الناحية القانونية على عقد فتح الاعتماد المستندي ، أو تأييده ، أو تحويله ، أو تعديله ، أو ما إلى ذلك من العقود اللاحقة ، ومن الناحية الشرعية تستند أيضًا إلى الآية الكريمة : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة : ١] .

كما أن دور البنك المركزي في وضع تعريفة موحدة لأسعار العمولات دور سليم قانونًا وشرعًا ؛ لكونه يستند إلى السلطات المخولة له في قانون إنشائه ، ويقضي إلى منع

التنازع بين العملاء والبنك بشأن العمولات [1] .

ثانيا : التزامات البنك فاتح الاعتماد :

يقع على البنك منذ إصداره خطاب الاعتماد وإعلام المستفيد به التزامان رئيسيان :

الأول : هو التزامه بدفع قيمة المستندات عند تقديمها إليه .

الثاني : هو التزامه بتسليم هذه المستندات إلى الآمر .

وسنعالج كلًّا من هذين الالتزامين سواء من جانب القانون أو الشريعة الإسلامية .

١ - الالتزام بدفع قيمة المستندات :

يبدأ التزام البنك فاتح الاعتماد من وقت استلام خطاب الاعتماد ، سواء أرسله إليه رأسًا أو من خلال بنك مبلغ ، أو بنك مؤيد ، ويظل هذا التزامًا قائمًا حتى تنتهي المدة المنصوص عليها فيه ، أو ينزل عنه المستفيد فيبرئ البنك منه أو يتفق الآمر والمستفيد على إلغاء الاعتماد .

والالتزام بالدفع يوجد في كل أنواع الاعتمادات : ففي الاعتماد غير القابل للإلغاء يوجد كالتزام قطعي غير قابل للرجوع فيه ، وفي الاعتماد المؤيد يوجد التزام تضامني على عاتق البنك فاتح الاعتماد والبنك المؤيد ، ولكن قد يثور التساؤل : هل يوجد التزام في الاعتماد قابلًا للإلغاء ؟ الواقع أن هذا الالتزام موجود حتى ولو كان الاعتماد قابلًا للإلغاء ، ولكنه التزام طبيعي وليس التزامًا مدنيًا كالحالتين الأخريين (القطعي والمؤيد) ، فالبنك فاتح الاعتماد ملتزم في جميع الأحوال ، بمعنى أن عنصر المديونية في التزامه موجود ، ولكن عنصر المسؤولية ينفصل عن هذا الالتزام في حالة الاعتماد القابل للإلغاء ، فلا يملك المستفيد دعوى يلزم بها البنك أن يدفع له قيمة البضاعة ، ولو كان قد تم الشحن فعلًا قبل الإلغاء ، وللمستفيد أن يتحقق من قيام التزام البنك في خطاب الاعتماد .

ولا توجد مشكلة إذا كان خطاب الاعتماد موقعًا من البنك مصدره ، وعلى البنك المبلغ التحقق من صحة هذا التوقيع قبل الإبلاغ . ولكن تثور المشاكل إذا كان خطاب الاعتماد غير موقع ، وكان مبلغًا بالوسائل الحديثة في الاتصالات ، فإذا كان مبلغًا

---

(١) تم الإشارة سلفًا إلى أن البنك المركزي المصري ترك لكل بنك حرية تحديد أسعار الخدمات المصرفية .

بالتلكس إلى بنك مؤيد أو مبلغ وجب أن يتضمن وسيلة تأكيد لصدوره عن البنك منشئ الاعتماد ، وهذه الوسيلة هي الرقم السري ، أو الرقم الكودي ، أو رقم شفرة البرقية المستخدمة بين البنكين (كلها بمعنى واحد) ، وإذا كان مبلغًا بالفاكس وضع عليه أيضًا هذا الرقم ، ويحلل البنك الذي تسلم الرسالة هذا الرقم حسب الشفرة الموجودة لديه ، وبذلك يتأكد من صحة ورودها من البنك الملزم فيها .

ولكن ثارت مشكلة خاصة بحالة استخدام أجهزة سويفت Swift في تبليغ خطابات الاعتماد ، حيث لا توضع أرقام شفرة على هذه الرسائل ، ولا يجد ما يؤكد صدورها عن البنك الملتزم أو خضوعها لقواعد غرفة التجارة الدولية - الكتيب رقم ٤٠٠ الخاص بالاعتمادات ، وقد عرضت هذه الحالة على لجنة البنوك في غرفة التجارة الدولية ، فأفادت بأن مجرد إرسال الرسالة بواسطة جهاز سويفت يتضمن تأكيدًا بأن الرسالة صادرة عن البنك الذي أصدرها والذي تحمل اسمه ، وأجهزة سويفت في ذلك أكثر أمانًا من أجهزة التلكس والفاكس ؛ وبالتالي قد لا يوجد رقم سري على الرسالة ومع ذلك تعتبر مقبولة ، ومن ناحية أخرى فإن اتفاقية سويفت تنص على أن إبلاغ خطاب الاعتماد بواسطتها معناه خضوعه لقواعد غرفة التجارة الدولية كتيب رقم ٤٠٠ ، ولو لم ينص في خطاب الاعتماد على ذلك ، وكل ما يحتاجه المستفيد هو رسالة موقعة من البنك الذي تسلم الرسالة تفيد بأنه جاءته رسالة بطريق سويفت مرفق نصها .

وقد ينص خطاب الاعتماد على مكان معين للدفع ، وإذا لم ينص يعتبر البنك فاتح الاعتماد ملتزمًا بالدفع في بلد المستفيد ؛ لأنه لو كان واجب الدفع في بلد البنك فاتح الاعتماد ما قبل المستفيد خطاب الاعتماد ولا شحن البضاعة ، وقد يتم الدفع بشيك يرسل إلى المستفيد وهذا نادر ، أو عن طريق بنك معين لتداول المستندات ، أو عن طريق البنك المؤيد ، أو عن طريق اتفاق لدى كل من البنكين المركزيين للدولتين ، وقد يتم الدفع من خلال تسهيل ائتماني يمنحه بنك أجنبي للبنك فاتح الاعتماد .

ولا يدفع البنك قيمة المستندات قبل أن يقوم بفحصها فحصًا دقيقًا ويتأكد من مطابقتها لخطاب الاعتماد ، وإذا وجد فيها أي اختلاف ردها إلى المستفيد أو إلى البنك الذي قدمت عن طريقه معلنًا رفض الدفع ومبينًا الاختلافات ، وقد يحتفظ بالمستندات لديه ويبلغ المستفيد أو بنكه أن المستندات موجودة تحت تصرفهم للاختلافات المشار

إليها ، ولا سبيل إلى إلزامه بالدفع إزاء عدم مطابقة المستندات ، كذلك يتحقق البنك فاتح الاعتماد من عدم وجود تعارض بين المستندات ، ومن كون القيمة المطلوبة لا تزيد عما هو مذكور في خطاب الاعتماد ، فإن زادت رفض الدفع إلا في حدود قيمة خطاب الاعتماد .

ومن الناحية العملية لا يكون الفرق بين المستندات وقيمة خطاب الاعتماد كبيرًا ، وعادة ما يكون نتيجة ارتفاع طارئ في أجرة النقل لم يؤخذ في الاعتبار عند التعاقد ؛ ولذلك لا يثير الفرق اليسير اعتراض الآمر ، ويجري العرف بالتجاوز وأدائها للمستفيد .

أما إذا كان الاختلاف ناتجًا عن تقديم بضاعة مختلفة في صفاتها أو كميتها ؛ فإن المستندات تكون مرفوضة ولا يتم الدفع .

ويجب على البنك فاتح الاعتماد أن يتم عملية الفحص في خلال مدة معقولة ، وقد حاولت لجنة وضع قواعد الاعتمادات المستندية بغرفة التجارة الدولية الوصول إلى تحديد للمدة المعقولة ؛ فاختلفت الآراء ولم يمكن الوصول إلى اتفاق حولها ، فالبعض رأى أن تكون ثلاثة أيام ، والبعض الآخر رأى أن تكون ثلاثين يومًا ، وبين الاتجاهين آراء متوسطة كثيرة ؛ لذلك يكون على القضاء في كل دولة أن يحدد ما يراه مدة معقولة على ضوء ظروف كل قضية .

وقد تكون الاختلافات في المستندات طفيفة ، ومن المتوقع أن يتجاوز عنها الآمر ، وعندئذ يمكن أن يتم الدفع دفعًا مشروطًا ، أي دفعًا متوقفًا على إرادة الآمر ، إن قبل المستندات صار الدفع نهائيًا ، وإن رفضها وجب على المستفيد أن يرد ما قبضه .

ويتم الدفع المشروط بإحدى وسيلتين : الدفع تحت التحفظ ، أو الدفع مقابل ضمان .

والدفع تحت التحفظ يتم غالبًا من جانب البنك المعين لتداول المستندات أو البنك المؤيد ، وهذا البنك يلاحظ اختلاف المستندات عن خطاب الاعتماد ، ولكنه يدفع ويتقدم بالمستندات دون إشارة للاختلاف ، وينتظر رد الفعل من جانب البنك المنشئ والآمر ، وقد يدفع ويخطر البنك المنشئ بوجود الاختلاف ويحدد له مهلة إبداء اعتراضه إذا انقضت هذه المدة صار الدفع نهائيًا وزال التحفظ .

وقد أخذ على هاتين الطريقتين أن عدم الإخطار عن الاختلافات يعتبر مخالفة لعقد الوكالة بينه وبين البنك فاتح الاعتماد ، وأن تحديد مدة لرفع التحفظ في الطريقة الثانية

يجعل البنك الدافع يتحكم بإرادته المنفردة في فرض آثار اتفاق على الآمر والبنك فاتح الاعتماد بينما هما لم يشتركا في مثل هذا الاتفاق ولم يوافقا عليه .

وقد يرجع سبب التحفظات إلى نقص عدد المستندات ، أو نقص بياناتها ، أو اختلاف بعض شروطها عن شروط الاعتماد ، أو ورود بيان الوزن مختلفًا في بعض المستندات عن بعضها الآخر ، أو عدم تغطية بعض المخاطر في وثيقة التأمين وكانت مشترطة في خطاب الاعتماد ، أو وجود عيوب في التغليف مثبتة في سند الشحن ، كأن يذكر أن البضاعة مشحونة في صناديق مثقبة أو مفتحة ، وقد يمكن البتُّ في أمر هذه الاختلافات فورًا ورفض المستندات على أساسها ، وقد يحتاج إلى الانتظار حتى ورود البضاعة ، كما في حالة الصناديق المثقبة لمعرفة أثر ذلك على المشحونات .

وإذا لم يبادر البنك فاتح الاعتماد إلى رفض المستندات بعد فحصها اعتبر ذلك قبولًا لها ، وإذا أبدى بعض الاعتراضات على اختلاف المستندات ، ثم أمكن إزالة الاختلاف بمستندات مصححة قبل انتهاء مدة الاعتماد ، فلا يجوز له أن يبدي اختلافات غير التي ذكرها في المرة الأولى ، إلا إذا كانت اختلافات في المستندات الجديدة المصححة .

أما الدفع مقابل ضمان فهو تقديم المستفيد خطاب ضمان مصرفي إلى البنك فاتح الاعتماد ، أو تعهد البنك الدافع للبنك الفاتح الاعتماد بأن يتحمل المبالغ التي يلزم بها البنك فاتح الاعتماد بسبب دفع قيمة خطاب الاعتماد للمستفيد ، وهذه الصورة تناسب الحالات المعقدة والحالات التي لا يمكن فيها الحكم على الاختلاف إلا عند استلام البضاعة ، ويجب أن يكون هذا الضمان ضمانًا من الدرجة الأولى ، وأن يكون واضحًا لا غموض فيه ، وأن يتضمن بيان الاختلافات التي سببت إصداره ، وأن يحدد المهلة المتفق عليها والتعهد برد المبلغ عند أول طلب إذا لم تقبل المستندات .

وإذا كان البنك يحتفظ بغطاء نقدي جزئي أو كامل للاعتماد المستندي ، وانتهى الاعتماد برفض المستندات من جانب الآمر ، واسترد البنك ما دفعه للمستفيد دفعًا تحت التحفظ أو دفعًا مقابل ضمان ، فإنه ينشأ للآمر حق استرداد غطاء الاعتماد ، وهذا الحق يمكن للمستفيد أن يوقع الحجز عليه بطريق حجز ما للمدين لدى الغير استيفاء لحقه في الثمن الناشئ عن عقد البيع ، ولكن عند النظر في صحة هذا الحجز سيخسر دعواه في الغالب طالما أنه أخفق في تقديم مستندات مطابقة لخطاب الاعتماد المنصوص عليه

في البيع .

ومن الناحية الشرعية يعتبر دفع قيمة خطاب الاعتماد المستندي وفاء للالتزام ، وهذا الوفاء أمر الله به المؤمنين في أول سورة المائدة بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة : ١] ، ومن الأمانة في أداء هذا الوفاء الواجب أن يعنى البنك بفحص المستندات والتدقيق في كل كلمة فيها حتى يبرئ ذمته أمام الآمر ، فلا يقدم إليه مستندات مخالفة أو معينة ، وأمام المستفيد فلا يعطيه ما ليس له ؛ لعدم وفائه بشروط الاعتماد .

٢ - الالتزام بتسليم المستندات للآمر :

متى تسلم البنك فاتح الاعتماد المستندي المستندات وفحصها ووجدها مطابقة لشروط خطاب الاعتماد ودفع قيمتها للمستفيد وجب عليه تسليمها للآمر ، ويكفي في تنفيذ هذا الالتزام أن يوجه إخطارًا إلى الآمر بأنه يضع المستندات تحت تصرفه ، (وإذا كان الآمر مقيمًا في مدينة أخرى قام بإرسالها إليه بالبريد) .

ويكفي في ذلك كله خطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول ، ومن تاريخ استلام الآمر هذا الخطاب يعتبر معذرًا في تسليم مستنداته ، ويتحمل تبعة تلف البضاعة أو دفع رسوم جمركية (أرضية) عليها .

وتسليم المستندات للآمر مرتبط بالتزام الآمر بدفع قيمتها للبنك ؛ لذلك لا يفرط البنك في حيازته للمستندات إلا إذا كان قد استوفى ما دفعه ، أي أن له أن يمارس حق حبس المستندات حتى يستوفي حقوقه .

وللآمر ألا يتسلم المستندات إلا بعد أن يفحصها ، فإذا اكتشف فيها أي اختلاف كان له أن يرفضها ، وكان عليه أن يعلن ذلك فورًا ؛ حتى لا يعتبر سكوته تغطية للمخالفات وتجاوزًا عنها ، وهذا الالتزام من الناحية الشرعية يعتبر واجبًا على البنك فاتح الاعتماد ، كما أن دفع قيمة المستندات إذا كانت مطابقة للاعتماد واجب على الآمر ؛ لأن كلًّا من هذه يدخل في الوفاء بالعقود القائمة بين الأطراف طبقًا لآية المائدة : ﴿ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ .

ثالثا : التزامات البنك المؤيد :

يمكن أن يكون البنك بنكًا أجنبيًا أو بنكًا محليًا ؛ ففي اعتماد الاستيراد يكون البنك فاتح الاعتماد محليًا ، والبنك المؤيد أجنبيًا ، وفي اعتماد التصدير يكون البنك فاتح الاعتماد أجنبيًا ، والبنك المؤيد بنكًا محليًا .

ويلتزم البنك المؤيد في جميع الحالات بالتزامين جوهريين هما : دفع قيمة المستندات ، وإرسالها فورًا إلى البنك فاتح الاعتماد ، وسنبين أحكام هذين الالتزامين قانونًا وشرعًا فيما يلي :

١ - التزام البنك المؤيد بالدفع :

البنك المؤيد مدين متضامن مع البنك فاتح الاعتماد ؛ ولذلك يمكن للمستفيد أن يطالب أيهما شاء ، والأيسر عليه أن يطالب البنك المؤيد القريب منه ، وعندما يطالب البنك المؤيد لا يستطيع هذا أن يطلب تقسيم الدين بينه وبين البنك فاتح الاعتماد ، وعندما يفي إلى المستفيد يكون له أن يرجع على البنك فاتح الاعتماد بكل ما دفعه وليس فقط بحصة هذا الأخير ، وفي هذا يختلف تضامن البنك المؤيد مع البنك فاتح الاعتماد عن القواعد العامة في القانون المدني في موضوع التضامن .

ولا يدفع البنك المؤيد قيمة المستندات إلا إذا قام بفحص المستندات أولًا ووجدها مطابقة لشروط خطاب الاعتماد ، وينطبق عليه ما سبق ذكره عند اختلاف المستندات والدفع تحت التحفظ أو مقابل ضمان .

وإذا تم الاعتماد أثناء مدته بإضافة شروط جديدة ، أو إلغاء شروط سابقة ، أو زيادة مبلغه أو مدته ، أو غير ذلك من التعديلات ، فإن البنك المؤيد يحق له أن ينضم لهذا التعديل ويقبله أو أن يرفض ذلك ، وليس معنى رفضه أن تبرأ ذمته من الاعتماد الأصلي ؛ بل يبقى ملتزمًا طبقًا للاعتماد الذي أيده من قبل دون التعديل ، ويستطيع البنك المؤيد أن يقبل التعديل قبولًا جزئيًا ، ويقرر أنه قبل الزيادة في حدود معينة ، أو يقبل مد المدة إلى أجل معين أقل مما طلبه البنك فاتح الاعتماد ، وعند تنفيذ مثل هذا الاعتماد وتقديم المستندات من المستفيد فيه يعامل البنك المؤيد في حدود تأييده الجزئي ، فيعتبر مدينًا متضامنًا في حدود الذي أيده ، وينطبق عليه ما ذكرنا بشأن التأييد ، وفيما يزيد على هذا الجزء يعتبر بنكًا مبلغًا ملتزمًا بالزيادة ، ولكنه يقوم بتحصيلها من البنك

فاتح الاعتماد لصالح المستفيد دون أن يكون ملزمًا بها .

وعلى البنك المؤيد أن يقرر تأييده التام والجزئي ، أو رفضه التأييد في حينه فورًا ؛ حتى يستطيع البنك المنشئ أن يبحث عن بنك آخر للتأييد التام أو الجزئي .

وقد يكون التزام البنك المؤيد هو مجرد قبول كمبيالة مسحوبة من المستفيد ، فيلتزم بالدفع في التاريخ المنصوص عليه فيها .

٢ - التزام البنك المؤيد بإرسال المستندات :

يجب أن يتم البنك المؤيد فحص المستندات خلال مدة معقولة ، وأن يقرر ما إذا كان يدفع أم لا ، فإذا انتهى إلى قبول المستندات ودفع قيمتها ، كان عليه أن يرسلها فورًا إلى البنك فاتح الاعتماد ؛ حتى لا يتحمل مسؤولية التأخير في ذلك .

وترسل المستندات عادة من نسختين أو أكثر ، أحدهما : بأول بريد جوي ، والثانية : بالبريد الجوي التالي ، حتى إذا ضاعت إحداها أغنت الأخرى .

ومن حق البنك المؤيد أن يمارس على المستندات حق الحبس إلى أن يدفع إليه البنك فاتح الاعتماد قيمتها ، غير أنه من الناحية العملية لا يقع هذا ؛ لأن للبنوك معاملات مستمرة تتوفر فيها الثقة ، وكثيرًا ما يكون بين كل بنكين حساب جار تقيد فيه قيمة العمليات التي بينهما ، كما أن تدخل البنوك المركزية عند وجود أية شكوى يساعد على سرعة حسم الأمور .

وهذا الالتزام - من الناحية الشرعية - يتم عملية الوفاء بالعقود المبرمة بين الأطراف ، وتدخل مشروعيته في إطار الآية الكريمة : ﴿ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ .

* * *

المَبْحَثُ الثَّالِثُ

مدى تطابق المستندات مع خطاب الاعتماد

عرفنا أن الاعتماد المستندي يسد فجوة عدم الثقة بين المتعاملين ، عن طريق تدخل البنك وسيطًا بين البائع والمشتري ليحقق مصلحة كل منهما ، ولكن فجوة عدم الثقة لا تسد نهائيًا بمجرد فتح الاعتماد ، بل لا تزال الشكوك تساور المشتري فيضيف إلى الاعتماد شروطًا جديدة ، وهكذا ، فسند الشحن يضمن له أن هناك بضاعة مشحونة ، ولكن الشك يساوره وما الذي يضمن لي أن تكون هي البضاعة التي طلبتها ؟ لماذا لا تكون مجرد مهملات شحنها البائع ؛ لذلك يشترط أن تقوم إحدى شركات التفتيش الدولية بمعاينة البضاعة وقت الشحن وإعداد تقرير عنها ، وبعد أن يطمئن إلى نوعية البضاعة بواسطة شهادة التفتيش يعود الشك في مطابقة الثمن لما يجري في الأسواق ، فيطلب التصديق على فاتورة الثمن في قنصلية معينة ، ورغم الفاتورة القنصلية يثور الشك حول ما إذا كانت البضاعة تحتوي على الصفات المبتغاة منها ، فيطلب تقديم شهادة تحليل أو شهادة خلو من الآفات الزراعية أو شهادة صحية ، وهكذا .

وعلى البنك أن يفحص هذه المستندات جميعًا على ضوء مستند رئيسي هو المرجع الأول والأخير ، وهو : خطاب الاعتماد .

لذلك يجب أن نتحدث عن خطاب الاعتماد في ذاته ، ثم ننتقل إلى معرفة كيفية مطابقة المستندات عليه ، ونقسم هذا المبحث لذلك إلى مطلبين :

المطلب الأول : في خطاب الاعتماد .

المطلب الثاني : في مدى مطابقة المستندات لخطاب الاعتماد .

المطلب الأول : خطاب الاعتماد :

خطاب الاعتماد صك يصدره البنك استجابة لطلب العميل بإنشاء الاعتماد ليحدد فيه - نقلًا عن طلب الآمر - حق المستفيد والشروط التي يمكنه بمقتضاها الحصول على

هذا الحق ، ويصدر خطاب الاعتماد مطابقًا لطلب العميل من حيث تحديد مبلغ الاعتماد ، واسم المستفيد ، والمستندات التي يستحق الدفع عند تقديمها ، والأجل الذي ينتهي إليه سريان الاعتماد ، فهذه أمور يستقل الآمر بتحديدها وليست موضع مناقشة أو مساومة ، فإما أن يقبل البنك فاتح الاعتماد بها ، أو أن يرفض العملية نهائيًا .

ويتم تبليغ خطاب الاعتماد مباشرة إلى المستفيد أو من خلال بنك وسيط ، ولا يوجد ما يمنع من تسليم خطاب الاعتماد للآمر لتسليمه إلى المستفيد .

ومنذ تسلم المستفيد لخطاب الاعتماد يصبح حقه باتًا غير قابل للرجوع فيه ما دام الاعتماد قطعيًا ، ولا يجوز تعديله إلا بموافقة المستفيد .

وإذا كان البنك فاتح الاعتماد قد أرسل خطاب الاعتماد بالبريد ، فإنه يستطيع أن يلغيه ببرقية تصل قبل الخطاب .

وقد يكتفي البنك فاتح الاعتماد بإرسال برقية ، أو تلكس ، أو فاكس بإبلاغ الاعتماد ، ولا يرسل بعده تعزيزًا بريديًا آخر ، وعندئذ تكون الرسالة المبلغة بالوسائل المذكورة هي وثيقة الاعتماد ذات المفعول Operative Instrument فتعتبر هي ذاتها خطاب الاعتماد ، ويجب في هذه الرسالة أن تكون متضمنة العناصر الكافية إنشاء الالتزام وتحديده وإلا فلا تعتبر خطاب اعتماد .

ولذلك لا يعتبر خطاب اعتماد الإخطار المبدئي الذي يرسله البنك فاتح الاعتماد إلى بنك وسيط طالبًا إبلاغه للمستفيد ، دون أن يتضمن تحديدًا كافيًا ، ولا يرتب هذا الإخطار المبدئي التزامًا .

ويختلف خطاب الاعتماد المستندي عن خطاب الاعتماد السياحي أو الدوري ، فخطاب الاعتماد المستندي يوجهه البنك إلى مستفيد معين ، وينشئ لهذا المستفيد حقًّا في قبض مبلغ معين إذا تقدم بمستندات معينة ، أما خطاب الاعتماد الدوري أو السياحي فهو خطاب يوجه إلى بنك معين أو عدة بنوك ؛ لكي تدفع إلى حامل هذا الخطاب المبالغ التي يطلبها أثناء إقامته في بلد البنك الموجه إليه الخطاب على ألا تتجاوز حدًّا أقصى يبيَّن في الخطاب (١) ، وهذه الوسيلة أصبحت الآن غير متبعة بعد أن انتشرت بطاقات

---

(١) محمد أحمد أنور : أعمال قسم الصرف الأجنبي (معهد الدراسات المصرفية) ، (ص ٣٢ - ٣٤) .

الائتمان والشيكات السياحية .

ويختلف خطاب الاعتماد المستندي عن خطاب الضمان : ففي الاعتماد المستندي يصدر خطاب الاعتماد بمناسبة التعاقد على بضاعة ولا تدفع قيمته إلا مقابل المستندات ، أما خطاب الضمان فيصدر بمناسبة التزام على العميل ويتضمن تعهد البنك بدفع مبلغ معين عند أول طلب من المستفيد ، وقد يكون استحقاق الخطاب معلقًا على شروط ، وقد لا يكون معلقًا على شرط ، ويختلط خطاب الاعتماد بخطاب الضمان المشروط ؛ لأن تقديم المستندات في الاعتماد المستندي شرط للاستفادة منه ، كما أن خطاب الضمان يمكن أن يكون صادرًا بمناسبة توريد بضائع ، ولكن يفرق بين الاثنين أن الذي يقوم بتقديم البضائع في الاعتماد المستندي هو المستفيد ، أما الملتزم بتقديم البضائع في خطاب الضمان فهو العميل ، ولشدة الشبه بين الحالين استطاعت البنوك أحيانًا أن تتحايل في مسائل أذون الاستيراد عندما كانت تصدر لمدة محددة ، وتنقضي المدة ويتعذر استصدار اعتماد مستندي ، فكانت البنوك تصدر خطاب ضمان مستندي للمستفيد ، كذلك تستخدم البنوك الأمريكية وغيرها ما يسمى بالاعتماد المعلق Standby وهو خطاب اعتماد يؤدي وظيفة خطاب الضمان .

وخطاب الاعتماد حجة مطلقة في الحكم على المستندات ، فيجب أن تكون جميع المستندات المشترطة فيه مقدمة ، وأن تكون مطابقة لما يشترطه ، وكل اختلاف بينها وبينه يجعلها مرفوضة ويمنع الوفاء بقيمة الاعتماد ، وتتمتع نصوص الاعتماد بهذه الحجية سواء كانت نصوصًا مطبوعة أو مضافة بالآلة الكاتبة أو بخط اليد ، ولكن إذا تعارضت نصوص خطاب الاعتماد مع بعضها كان الأفضل للمستفيد أن يرفضه ويطلب إزالة التعارض ، وإذا لم ينتبه إلى التعارض فإن قواعد تفسير العقود تطبق ، فيفضل النص المكتوب باليد على المكتوب بالآلة الكاتبة ، والمكتوب بالآلة الكاتبة على المطبوع ، وتأخذ المحكمة بالقصد المشترك للآمر والبنك دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، وتستهدي في التوصل إلى القصد المشترك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة بين المتعاقدين وفقًا للعرف الجاري في المعاملات (المادة ١٥٠ مدني) .

ويفرغ خطاب الاعتماد في ورقة عرفية ، ولا نصادف في العمل حالات أفرغ فيها خطاب اعتماد في محرر رسمي .

وقد تضمنت القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية نصوصًا لتفسير بعض الألفاظ التي يتكرر ورودها في الاعتمادات أحيانًا منها :

١ - تعبيرات : « من الدرجة الأولى » ، « معروف جيدًا » ، « ذو كفاءة » ، « مستقل » ، « رسمي » وما شابهها لا يجوز أن تستخدم لوصف من يقومون بإصدار أية مستندات تقدم طبقًا للاعتماد ، وإذا أدرجت فإن البنوك تقبل المستندات المتعلقة بها كما هي مقدمة ، بشرط أن تبدو في ظاهرها موافقة للنصوص والشروط الأخرى في الاعتماد (المادة ٢٢ ب) .

٢ - إذا ذكرت عبارات « الإقلاع » ، « والإرسال » ، « التحميل » ، « الإبحار » لتحديد أقصى تاريخ لشحن البضائع ، فإنها تحمل على أنها مرادفة لكلمة الشحن إلا إذا حدد لها الاعتماد معنى آخر .

٣ - يجب أن يتجنب البنك في خطاب الاعتماد (كذا الآمر في تعليماته) استخدام عبارات غير محددة مثل « سريعًا » ، « حالًا » ، « بأسرع ما يمكن » ، ومع ذلك استخدمت مثل هذه العبارات ، فإن البنك يفسرها على أنها تعني ضرورة شحن البضاعة خلال ثلاثين يومًا من تاريخ إصدار خطاب الاعتماد بواسطة البنك المنشئ (المادة ٥٠) .

وخطاب الاعتماد ورقة غير قابلة للتداول في ذاتها ، حتى عندما يكون قابلًا للتحويل ؛ لأن التحويل يتم بورقة مستقلة يحررها البنك ؛ لذلك لا تنطبق على خطاب الاعتماد أحكام الأوراق التجارية .

ومن الناحية الشرعية يعتبر خطاب الاعتماد وثيقة تستجيب لأحكام آية المداينة ، فهو ورقة مكتوبة تحدد الدين وشروط اقتضائه ، وتصدر من بنك ذي كفاءة وقدرة مالية ، مما يجعل الدين موثقًا ؛ لذلك يعتبر تحريره عملًا مشروعًا ، وإثباتًا لما اتفق عليه الأطراف كلهم ، ولا يكون غير مشروع إلا إذا ورد فيه ما يخالف الشرع مثل اشتراط الفوائد ، أو كون البضاعة من المحرمات كالخمور .

المطلب الثاني : مطابقة المستندات لخطاب الاعتماد :

إن أهم التزامات البنك في الاعتماد المستندي هو فحصه للمستندات المقدمة من المستفيد ، والبنك لا يضمن سلامة المستندات تمامًا بحيث يلتزم بتحقيق هذه النتيجة ،

بل يلتزم فقط بأن يبذل العناية الفائقة التي تليق من خبير مثله ؛ لذلك فمسؤوليته عن فحص المستندات مسؤولية مشددة .

أولًا : القواعد العامة في فحص المستندات .

ثانيًا : في القواعد التفصيلية في الفحص .

أولًا : القواعد العامة في فحص المستندات :

تهدف هذه القواعد إلى ضبط سلوك المصرفيين في عملية فحص المستندات ضبطًا دقيقًا ، وهذه القواعد هي :

أولًا : التأكد من أن المستندات قدمت أثناء مدة الاعتماد :

فإذا تأخر تقديمها إلى ما بعد انتهاء المدة كانت مرفوضة ، إلا إذا قبل الآمر المستندات رغم فوات المدة ، وإذا صادف آخر يوم في مدة عطلة رسمية أمكن تقديم المستندات في أول يوم عمل تال لها ، إلا في حالات الإضرابات ، والفتن ، والاضطرابات ، والتمرد ، والحروب ، والقوة القاهرة .

وإذا قدمت المستندات قبل فتح الاعتماد ، فإن تعليمات العميل للبنك بدفع قيمتها لا تسمى اعتمادًا مستنديًا ، وإنما تسمى أمر دفع أو تحويل مصرفي .

وإذا صدر خطاب الاعتماد دون أن يحدد مدة معينة ينتهي بنهايتها ، فإن البنك يستطيع بعد ذلك أن يحدد مهلة مناسبة للمستفيد لتقديم مستنداته .

ولا تلتزم البنوك بقبول المستندات المقدمة إليها في غير ساعات العمل المصرفي بها (المادة ٤٩ من القواعد والعادات الموحدة) .

وتفسير كلمة « لغاية يوم كذا » والتعبيرات المشابهة لتحديد أقصى تاريخ للشحن ، على أنها متضمنة اليوم المشار إليه ، وتفهم كلمة « بعد » على أنها تستبعد التاريخ المذكور .

وإذا دفعت قيمة المستندات أثناء فترة امتداد المدة إلى ما بعد يوم العطلة ، فإن البنك الذي دفع يثبت ذلك على المستندات بالعبارة التالية : مقدمة للدفع (أو القبول أو الخصم) خلال مدة الصلاحية الممتدة طبقًا للمادة ٢٧ من القواعد والعادات الموحدة .

ويلاحظ أن آخر تاريخ محدد للشحن إذا صادف يوم عطلة فلا يمتد إلى ما بعد

العطلة كما في حالة مدة الاعتماد نفسه .

وإذا ضاعت المستندات المرسلة في طريق ولم تصل أية نسخة منها ، فإن البنوك لا تتحمل أية تبعية أو مسؤولية عن التأخير أو الفقد ، وتقع هذه التبعات إما على المستفيد أو على الآمر .

ثانيًا : يجب أن تكون جميع المستندات المنصوص عليها في الاعتماد مقدمة :

فإذا لم يقدم أحدها وجب رفضها جميعًا ، ولا يكفي التعهد بتقديم المستند ، هذا هو المبدأ العام ، ومع ذلك لقي تخفيفًا في العمل ، فإذا كان المستند الناقص هو فاتورة البضاعة أمكن استلامها بموجب سند الشحن بعد قيمة الاعتماد تحت التحفظ ، أما إذا كان الناقص هو سند الشحن أو وثيقة التأمين فلا يمكن دفع قيمة الاعتماد أو قبول المستندات بدونها .

ثالثًا : يجب أن تكون المستندات مطابقة لما هو مشترط بشأنها في الاعتماد :

ويجب على البنك أن يتحقق من هذا ، فلا يجوز له أن يتغاضى عن شرط بحجة أنه غير جوهري ؛ لأن تقدير ذلك يرجع للمشتري ، ولأن دور البنك في فحص المستندات دور أولي أو شكلي (١) ، ويجب أن تكون أصول المستندات مقدمة ، فلا تكفي صورها ، ومع ذلك فإن الصورة الموقعة بتوقيع أصلي تعتبر أصلًا .

وإذا كان مطلوبًا في خطاب الاعتماد تقديم شهادتين : إحداهما شهادة فحص ، والأخرى شهادة صحية ، فلا يغني عن ذلك تقدم شهادة واحدة تقديم مقامها (٢) ، وعقود الاعتمادات المستندية تعتبر من عقود القانون الضيق (٣) .

رابعًا : يجب أن تكون المستندات متطابقة فيما بينها :

فالتناقض يبرز رفضها ، فإذا كان سند الشحن خاصًا بشحنة على سفينة تغادر مرسيليا ، بينما شهادة مصدر البضاعة المقدمة معه خاصة ببضاعة تغادر ميناء الهافر ، فإن المستندات تكون مرفوضة (٤) .

---

(١) اسكارا ، (ص ٨٦١) . (٢) ماريه ، (ص ٢٨) .

(٣) السين التجارية : (١٩٥٠/١٢/٦) ، دالوز ١٩٥٠ ، (ص ٣٢٣) .

(٤) السين التجارية : (١٩٥٠/١٢/٦) ، دالوز ١٩٥٠ ، (ص ٣٢٣) .

ورغم هذه المبادئ المشددة في فحص المستندات فإن هناك جوانب معينة لا تسأل عنها البنوك ، وقد تضمنتها مجموعة القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية .

فالبنوك لا تتحمل أية تبعية أو مسؤولية عن الشكل ، أو الكفاية ، أو الدقة الصحية ، أو التزوير ، والأثر القانوني لأية مستندات ، أو عن الشروط العامة أو الخاصة التي تشترط في المستندات أو تكون مضافة عليها ، ولا تتحمل أية تبعية أو مسؤولية عن الوصف ، أو الكمية ، أو الوزن ، أو الجودة ، أو الحالة ، أو التعبئة ، أو التسليم ، أو القيمة ، أو وجود البضائع التي تمثلها أية مستندات ، أو عن حسن نية ، أو سلامة تصرف ، أو السعر ، أو يسار ، أو تنفيذ التزامات ، أو سمعة المرسل أو الناقلين أو المؤمِّنين على البضاعة أو أي شخص آخر أيًّا كان (المادة ١٧ من القواعد والعادات الموحدة) .

كذلك لا تتحمل البنوك أية تبعية أو مسؤولية عن أية نتائج تترتب على التأخير أو الفقد أثناء النقل لأية رسائل ، أو خطابات ، أو مستندات ، أو التأخير ، أو التشوه ، أو الأخطاء الأخرى التي تقع في النقل بأية وسيلة كاتبة سلكية أو لاسلكية ، ولا تتحمل البنوك أية تبعية أو مسؤولية عن الأخطاء في الترجمة أو تفسير الاصطلاحات الفنية ، وتحتفظ البنوك بالحق في نقل نصوص الاعتماد بدون ترجمتها ، (المادة ١٨ من القواعد والعادات الموحدة) .

ولا تتحمل البنوك أية تبعة أو مسؤولية عن النتائج التي تنجم عن انقطاع أعمالها بسبب القوة القاهرة ، أو الاضطرابات ، أو التمرد ، أو الحروب ، أو أية أسباب أخرى خارجة عن سيطرتها ، أو بسبب أية إضرابات أو إغلاق ، ما لم تكن البنوك مصرحًا لها بالنص ، فإنها لا تلتزم عند استئناف أعمالها بأن تتحمل بالتزام مؤجل بالدفع أو بأن تدفع أو تقبل أو تخصم بموجب اعتمادات انقضت مدة سريانها أثناء هذا الانقطاع لأعمالها ، (المادة ١٩ من القواعد والعادات الموحدة) .

وإذا كلف بنك بنكًا أو بنوكًا أخرى بقصد تنفيذ تعليمات طالب الاعتماد فإنه يقوم بذلك لحساب طالب الاعتماد وعليه تقع تبعية ذلك ، ولا تتحمل البنوك أية تبعية أو مسؤولية إذا لم تنفذ التعليمات التي نقلتها ولو كانت قد بذلت نشاطًا في اختيار ذلك البنك الآخر أو تلك البنوك الأخرى ، ويكون طالب الاعتماد مسؤولًا ومكلفًا بتعويض البنوك عن كل الالتزامات والمسؤوليات المفروضة بواسطة القوانين والعادات

الأجنبية ، (المادة ٢٠ من القواعد والعادات الموحدة) .

ومن المعلوم أن نصوص القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية غير ملزمة إلا إذا نص عليها في طلب الآمر ، وفي خطاب الاعتماد ، وفي الحدود التي ينص عليها فيهما ؛ لذلك يمكن أن يستثني الآمر بعض أوجه المسؤولية من الإعفاءات سالفة الذكر ، وينص على إلزام البنك بها ، أو ينص على استبعاد تطبيق مواد معينة من مجموعة قواعد الاعتمادات المستندية .

ثانيًا : القواعد التفصيلية في الفحص :

سوف نتناول في هذا القسم فحص جميع أنواع المستندات ، فنخصص فقرة لفحص مستندات الإرسال ، وفقرة لفحص مستند التأمين ، وفقرة لفحص الفاتورة التجارية ، وفقرة أخيرة لفحص المستندات الإضافية ، وهي ما سوى المستندات الجوهرية (سند الشحن ووثيقة التأمين والفاتورة) ، فالمستندات الإضافية لا تقدم إلا بناء على شرط خاص في خطاب الاعتماد .

١ - فحص مستندات الإرسال :

سند الشحن البحري : أهم مستندات إرسال البضاعة هو سند الشحن البحري . ولأهميته يطلق عليه وحده أحيانًا كلمة المستندات ؛ لأن من المتصور ألا يطلب تقديم شيء سواه في اعتماد ما .

ويختلف سند الشحن عن مشارطة الإيجار ، وهي وثيقة تثبت عقد النقل البحري ؛ والأصل أن يقوم الشاحن والناقل بتحرير المشارطة ، ثم يسلم الشاحن البضاعة للربان ، فيحرر له سند الشحن ، ولكن يجري العمل على أنه لا تحرر المشارطة إلا إذا ورد النقل على السفينة كلها ، أما إذا كان الشحن لا يشمل إلا جزءًا من السفينة فيكتفى بتحرير سند لإثبات الواقعين : التعاقد على النقل ، وشحن البضاعة [1] .

والأصل في مسائل الاعتمادات المستندية ألا تقبل مشارطة إيجار السفينة ضمن المستندات ، إلا إذا كانت شروط خطاب الاعتماد تنص على ذلك صراحة ، فسند الشحن هو الوثيقة المقبولة دون مشارطة الإيجار ما لم ينص على خلاف ذلك ، ويجب

---

(١) الدكتور مصطفى كمال طه : أصول القانون البحري - فقرة (٤٠٥) .

ألا يتضمن سند الشحن إحالة أو مشارطة إيجار ، وألا ينص فيه على أن الربان وقع عليه بحالته دون أن يعني ذلك أي تعديل في مشارطة الإيجار .

فمثل هذا السند يجب رفضه ؛ لأنه عند النزاع ستكون الأرجحية للمشارطة .

ويختلف سند الشحن عن بيان البضائع المشحونة ، فسند الشحن يوقع عليه الربان والشاحن ، أما بيان البضائع فبعده الشاحن وقد يوقعه ، وهو يبين فيه جنس البضاعة ومقدارها ويسلمه للناقل ، وليست له حجية في ذاته ، ولا يفيد أن البضاعة مشحونة ، ولا يتعد به في مسائل الاعتمادات المستندية .

ويختلف سند الشحن عن إذن الشحن : وهو تصريح الناقل للشاحن بتسليم البضاعة في مكان معين قد يكون مخازن الناقل ، أو رصيف الميناء ، أو على ظهر السفينة ، وهو لا يفيد شحن البضاعة ، ولا يقوم مقام سند الشحن في الاعتماد المستندي .

ويختلف سند الشحن عن الإيصال المؤقت : وهو يفيد أن البضاعة سلمت في المكان المعين في إذن الشحن ، وهو إيصال يقدم للناقل لاستبداله بسند شحن في اليوم السابق على إقلاع السفينة .

ويختلف سند الشحن عن سند الإعداد للشحن ، أو السند برسم الشحن ، أو السند لأجل الشحن ، وهو سند لم تحدد فيه السفينة التي ستشحن عليها البضاعة ، ولكن يفيد تسلم الناقل للبضاعة ، وهو لا يصلح بديلًا لسند الشحن في مواد الاعتمادات المستندية ، ولكنه يصير سند شحن إذا تم التأشير عليه من الناقل بكلمة مشحون Shipped مع إضافة ختم شركة الملاحة وإمضائها .

ويختلف سند الشحن عن أمر التسليم ، وهو يستخدم في الحالات التي يكون فيها الشحن إجماليًا أي صادرًا عن بضاعة تخص عدة مشترين ، ويأخذ أمر التسليم إحدى صور ثلاث :

أ - صورة يوقع فيها البائع ، وتوجه فيها إلى ربان السفينة أو وكيله في ميناء الوصول بتسليم المستفيد من أمر التسليم القدر المبين به من البضاعة .

ب - صورة يوقع فيها الناقل ، أو الربان ، أو ممثل آخر للناقل بناء على طلب البائع ، فهو يصدر عادة بعد رحيل البضاعة ونظير استرداد سند الشحن ، ويتعهد فيه موقعه بتسليم القدر الوارد فيه إلى المستفيد منه ، ويستوي بهذا الأمر ذلك الذي يصدره البائع

ويوقعه الناقل .

جـ – صورة يوقع فيها أمين الحمولة ، وهو ممثل أصحاب البضاعة في ميناء الوصول الذي يتسلم الحمولة من الناقل بمقتضى سند الشحن ، ومهمته توزيع البضاعة على المستفيدين من أوامر التسليم التي أصدرها البائع ووقَّعها أمين الحمولة .

ولا يصلح أمر التسليم بديلًا لسند الشحن في الاعتماد المستندي ؛ لأنه لا يخول صاحبه في مواجهة الناقل حقًّا في تسليم البضاعة إذا تسلمها ، فلا يخوله حقًّا في الرجوع على الناقل بالأضرار التي أصابت البضاعة ؛ إذ لا توجد علاقة تربطه به .

ولكن يصلح لهذه الأغراض إذا وقعه الناقل أو الربان وكانت البضاعة محددة فيه بعلاماتها المميزة ؛ إذ تنتقل ملكية البضاعة إلى المشتري لكون البضاعة المبيعة مفرزة .

أما إذا كانت سائبة في السفينة ، فإنها تكون مملوكة على الشيوع للمشترين .

ويختلف سند الشحن عن إذن الاستلام ، وهو ورقة تصدر عن ممثل المجهز في ميناء الوصول ، وتعطى للمرسل إليه في سند الشحن حيث يتقدم به هذا الأخير إلى الربان لاستلام البضاعة .

وهذا الإذن لا يغني عن تقديم سند الشحن ، بل هو لا يصدر إلا بديلًا لسند الشحن عند استلام البضاعة ، فهو يفترض وجود سند الشحن قبله .

ويقوم سند الشحن بوظائف ثلاث :

أولًا : يثبت شحن البضاعة على السفينة .

ثانيًا : يثبت عقد النقل إذا لم تكن هناك مشارطة إيجار .

ثالثًا : يقوم بوظيفة ائتمانية ، فهو سند يمثل البضاعة ، بمعنى أنه يمكن إجراء التصرفات القانونية على البضاعة بإجرائها على السند ذاته .

ويتضمن سند الشحن عادة البيانات التالية :

أسماء الأطراف ، واسم السفينة ، وتاريخ الشحن ، وميناء الشحن ، وميناء التفريغ والأجرة ، وبيان ثمن البضاعة ومقدارها ، وعددها المميزة لها ، والوزن الصافي ، والوزن القائم ، وتوقيع الربان ، والشاحن .

ويتخذ سند الشحن إحدى صور ثلاث تحدد طريقة تداوله :

أولًا : سند الشحن الاسمي : أي الصادر باسم شخص معين هو المرسل إليه ، ولا يجوز للمستفيد فيه أن ينقل ملكيته لسند وملكية البضاعة إلى غيره إلا بطريق الحوالة المدنية للحق أي بإعلان الربان بالحوالة أو قبوله إياها .

ثانيًا : سند الشحن للحامل : وتنتقل ملكيته وملكية البضاعة التي يمثلها بواسطة تسليم السند من يد دون إجراء آخر .

ثالثًا : سند الشحن الإذني : أي الصادر لأمر شخص معين ، وتنتقل ملكيته وملكية البضاعة التي يمثلها بالتظهير ، وهو صورة وسطى بين الصورتين الأوليين ؛ لأن السند الاسمي متطرف في صعوبة تداوله ، والسند للحامل متطرف في تيسير التداول إلى حد يهدد بفقدان الحق في حالة ضياع السند أو سرقته ؛ ولذا يكثر استعمال السند الإذني في مسائل الاعتمادات المستندية ، ويصدر سند الشحن إما إذن المشتري ، أو البنك ، أو الشاحن ، ثم يظهر في النهاية إلى المشتري مقابل دفع الثمن ، وبتظهير سند الشحن تظهيرًا تامًّا يتطهر من الدفوع الخاصة بعلاقة الشاحن بالناقل فلا يتمسك بها في مواجهة المستفيد ، أما إذا كان التظهير توكيليًّا فيجوز الاحتجاج على المظهر إليه تراجع قبل المظهر .

ويجب أن يكون سند الشحن الذي يقدم للاستفادة من اعتماد مستندي سندًا نظيفًا ، والمقصود بنظافته : ألا يتضمن أية شروط مضافة أو أية تأشيرة تعلن صراحة حالة نقص في البضاعة أو تعبئتها ، (المادة ٣٤/أ من القواعد والعادات الموحدة) .

وعلى البنك أن يرفض مستند الشحن غير النظيف ، ومن ذلك :

أ - سند الشحن الصادر عن وكلاء الشحن ، وهم وكلاء بالعمولة يتعاقدون مع الناقل ، إلا إذا ذكر في السند أنه صادر بواسطة وكيل الشحن بصفته ناقلًا أو وكيلًا عن ناقل معين .

ب - سند الشحن الصادر بمقتضى مشارطة إيجار ، ويكون خاضعًا لها .

جـ - سند الشحن الذي ينص على النقل بمراكب شراعية تدار بالشرع وحده ؛ لعدم قدرتها على اختراق أعالي البحار بأمان .

وعلى خلاف ذلك يعتبر سند الشحن نظيفًا :

أ - إذا كان من سندات الميناء أو سندات الأمانة ، والخاصة بتصدير القطن من الولايات المتحدة الأمريكية ، وينص فيها على أن البضاعة قد استلمت للشحن ، وأنها في

انتظار السفينة أو التحميل على السفينة .

ب – إذا كان سند الشحن متعدد المراحل Combined ، وهو يصدر عن شركات الملاحة أو وكلائها ، ويغطي عدة وسائل نقل للبضاعة بأن تتعاقد الشركة لحساب الشاحن مع الناقلين الآخرين للبضاعة في مواني أخرى ، فتكون لها صفة الناقل في إحدى المراحل وصفة الوكيل بالعمولة للنقل في بقية المراحل .

والذي يجعل سند الشحن غير نظيف هو أن الناقل يدرج فيه تحفظات ؛ حتى لا يكلف نفسه مشقة البحث عن حالة البضاعة ، وحتى يوفر الوقت الذي يبذله في ذلك ، ومن التحفظات التي يكثر استعمالها : « الوزن ، والكمية ، والنوع ، والمقاس ، والمحتويات ، والحالة ، والقيمة مجهولة » ، أو أن الربان لم يتحقق من صحة البيانات التي أدلى بها الشاحن ، وقد تدخلت معاهدة سندات الشحن لعام (١٩٢٤م) وألزمت الناقل أو وكيله أو الربان بعد أن يتسلم البضاعة بأن يعطي الشاحن بناء على طلبه سند شحن يتضمن مع البيانات المعتادة البيانات التالية :

أ – العلامات الرئيسية للتحقق من نوع البضائع طبقًا لما يقدمه الشاحن بالكتابة قبل بدء الشحن ، على أن تكون العلامات مطبوعة أو موضوعة بطريقة ظاهرة على البضائع غير المغلقة أو على الصناديق أو الأغلفة المعبأة فيها البضائع ، حيث تظل قراءتها ميسورة حتى نهاية السفر .

ب – عدد الطرود ، أو القطع ، أو الكمية ، أو الوزن حسب الأحوال طبقًا للبيانات التي يقدمها الشاحن كتابة ، ويغني ذكر أحد هذه البيانات عن سائرها .

جـ – حالة البضاعة وشكلها الظاهر دون التقصي عن حقيقتها داخليًا ، وإذا كان لدى الناقل أو وكيله أو الربان سبب جدي يحمل على الشك في عدم مطابقة هذه البيانات للبضاعة ، وليست لديه وسائل كافية للتحقق منها ، فإنه لا يكون ملزمًا بأن يثبت في سند الشحن علامات ، أو عددًا ، أو كمية ، أو وزنًا ، وقد استقر قضاء النقض المصري على أن عبء إثبات جدية السبب ، أو عدم توفر وسائل التحقق يقع على عاتق الناقل [1] ، بل ويجب عليه أن يذكر في سند الشحن أسباب عدم إثبات البيانات المتقدمة فيه .

ومن أحكام القضاء الإنجليزي أن سند الشحن يكون غير نظيف إذا كان متعلقًا

---

(١) نقض مصري (١٩٦٧/١/٢٤م) – المحاماة (٤٨ – ١٠٧) .

بشحن لحوم ، وجاء به أن الأغلفة كانت جافة وبها بقع من الدم ، فهذا التحفظ يؤثر تأثيرًا خطيرًا على قبول البضاعة وعلى ثمنها (١) .

وإذا ذكر في سند الشحن ارتباطه بالإيصال المؤقت ، كما حدث حين يؤشر في أسفل سند الشحن بأنه Subject to mate sreceipt ، فإنه يكون سندًا غير نظيف ، وكذا إذا ذكر فيه أنه موقع بشرط ضمان تقديم إيصال السفينة النظيف (٢) .

ويكون غير نظيف سند الشحن الذي لا يتضمن أن البضاعة قد شحنت في درجات حرارة معينة (داخل الثلاجات مثلًا) ، وكان منصوصًا في خطاب الاعتماد على ذلك بين شروطه .

ويجب أن تكون أوصاف البضاعة المبينة في سند الشحن مطابقة للاعتماد المستندي ، وألا يتضمن السند أوصافًا يعبر عنها باصطلاحات تجارية غير مستخدمة في المعتاد ، ومن القضايا التي عرضت على القضاء الإنجليزي في هذا الصدد قضية كان المدعي فيها مستفيدًا من اعتماد قطعي فتحه البنك عليه ، وكانت المستندات المطلوبة تتضمن سند الشحن فوب البضاعة فيه على أنها Coromandel groundunts موضوعة في حقائب ، ولكن سند الشحن الذي قدم فعلًا جاء فيه أنها Machine - Shelled groundunts Kemals فرفض البنك دفع قيمة الاعتماد ، وحصل المدعي على حكم ضد البنك من محكمة أول درجة ، على أساس أن البيان الوارد في الاعتماد وفي سند الشحن معناهما واحد ، كما شهد بذلك الشهود ، ولكن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم مستندة إلى أن قول الشهود أنهم يفهمون التعبيرين بمعنى واحد ، وأن هذا المعنى متعارف عليه عالميًا ، يعني أن المشتغلين بهذا النوع من التجار في أسواق لندن هم الذين يفهمون هذه الاصطلاحات الخاصة بتجارتهم ، وليس معنى هذا أن البنك يجب عليه أن يعرف كل العادات والتعبيرات المألوفة في كل نوع من آلاف الأنواع من التجارات التي يصدر بشأنها خطابات اعتماد (٣) .

ويجب ألا يفهم من هذا أن تكون نصوص سند الشحن هي حرفيًا نفس نصوص خطاب الاعتماد ، وإنما المقصود يكون التطابق واضحًا بين سند الشحن وبين خطاب

---

(١) جوتردج : (ص ٨١) . (٢) جوتردج : (ص ٨٣) .
(٣) موريس مجراه : (٣٣٤/٥ - ٣٣٨) .

الاعتماد ، وألا يكون هناك ما يشكك في هذا التطابق ، وألا يتضمن سند الشحن وصفًا للبضاعة لم يتضمنه سند خطاب الاعتماد أو يتعارض معه [١] ، وإذا اشترط في خطاب الاعتماد أن يتضمن سند الشحن وصفًا معينًا ، فيجب على البنك أن يتمسك بمراعاة ذلك في سند الشحن دون نظر إلى جدوى هذا الوصف من الناحية القانونية .

ويقبل سند الشحن الذي يذكر فيه قد تم استلامها للشحن إلا إذا تطلب خطاب الاعتماد يفيد سند الشحن أن البضاعة وضعت في السفينة في تاريخ معين ، ويحدث أن تقدم المستندات أثناء سريان الاعتماد ، ويكون بينها سند شحن ذو تاريخ قديم وتأخير تقديمه ، بحيث يكون من الواضح أن البضاعة وصلت أو ستصل إلى ميناء الوصول قبل سند الشحن إلى البنك ، ويطلق على سند الشحن هنا Stale bill ading وقد درجت البنوك على رفض سندات الشحن القديمة ؛ لأنها تحمِّل العميل مصاريف زائدة ، وتلحق به أضرارًا ، وتفوت عليه فرصًا في الكسب ، فقد يدفع رسومًا جمركية زائدة (أرضية) ، أو تتلف البضاعة ، أو تهبط أسعارها ، ويعارض بعض الفقهاء فكرة رفض سند الشحن القديم على أساس أنه لا ينص عليه عادة ، ويصعب إثبات مضمون العادة التي اعتادتها البنوك برفضها وتحديد المدة التي يعتبر السند بمضيها قديمًا .

وقد تكون هذه الفكرة مقبولة في الخطوط البحرية الطويلة ، أما في الخطوط القصيرة فاحتمالات وصول البضاعة أولًا احتمالات كبيرة [٢] ، ومع ذلك فإن الاعتبارات العملية كانت تدعو البنوك إلى إعمال هذه الفكرة حتى تم النص عليها في المادة (٤٧) من القواعد والعادات الموحدة التي تقول : أ - بالإضافة إلى اشتراط تاريخ انتهاء لتقديم المستندات فإن كل اعتماد يتطلب مستندًا أو مستندات نقل ، يجب أيضًا أن يشترط فترة محددة من الزمن بعد تاريخ إصدار مستند أو مستندات نقل يتم خلالها تقديم المستندات للدفع أو القبول أو الخصم ، وإذا لم تحدد مثل هذه المدة فإن البنوك ترفض المستندات المقدمة إلى متأخرة ٢١ يومًا بعد تاريخ إصدار مستند أو مستندات النقل ، وفي كل حالة مع ذلك يجب أن تقدم المستندات حتى تاريخ انتهاء الاعتماد على أقصى تقدير .

وليس هناك ارتباط بين قِدَم سند الشحن وبين انتهاء أجل الاعتماد ، بمعنى أن سند الشحن القديم يكون مقدمًا أثناء سريان مدة الاعتماد ، ولكن بعد مضي مدة طويلة

---

(١) جوتردج : (ص ٦٨ - ٨٧) .

(٢) جوتردج : (ص ٨٨ - ٩١) .

نسبيًا من تاريخ إصداره ، بحيث يكون احتمال وصول البضاعة قبل وصوله أمرًا مؤكدًا أو متوقعًا .

ولا مانع من تحمل البائع للأضرار التي تحدث للمشتري بخطاب ضمان يقدمه إليه في سبيل التوصل إلى قبول المستندات وصرف قيمة الاعتماد .

وقد ينص سند الشحن على جواز نقل البضاعة من سفينة إلى أخرى أثناء الطريق ، وفي هذه الحالة يجب أن يغطي السند الرحلة كلها من بداية الشحن إلى وصول البضاعة إلى ميناء الوصول والتفريغ ، فإن كان يغطي النقل بسفينة واحدة كان مرفوضًا ، ويعتبر السند الذي يغطي كل مراحل النقل المختلفة مقبولًا في مسائل الاعتمادات المستندية إلا إذا نص الاعتماد على عدم قبوله .

وإذا كان شرط جواز النقل من سفينة إلى أخرى واردًا ضمن الشروط المطبوعة في سند الشحن فإنه يكون مقبولًا ، ولو كان منصوصًا في الاعتماد على عدم جواز تغيير السفينة أثناء الطريق ، (المادة ٢٩ من القواعد والعادات الموحدة) .

ويجوز أيضًا الشحن الجزئي للبضاعة أي شحنها على دفعات ، وذلك ما لم ينص الاعتماد على عدم جوازه ، ولا يعتبر شحنًا أن تكون شحنات البضاعة على نفس السفينة في نفس الرحلة حتى ولو اختلفت تواريخ سندات شحن البضاعة على السفينة ، فاختلاف الزمن لا يجعل الشحن جزئيًا ما دامت البضاعة على نفس السفينة ، أما اختلاف المكان بالنسبة إلى الشحن أو التفريغ فهو يعتبر شحنًا جزئيًا ، (المادة ٤٤ من القواعد والعادات الموحدة) ، وإذا أجاز الاعتمادُ الشحنَ الجزئيَّ وحدد مواعيد معينة لإرسال أو لوصول الدفعات الموردة ، ولم ترسل إحدى الدفعات في الموعد المضروب ، فإنه لا يمكن استخدام الاعتماد بالنسبة إلى هذه الدفعة المتأخرة بالنسبة إلى الدفعات التالية ما لم ينص الاعتماد على خلاف ذلك ، (المادة ٤٥ من القواعد والعادات الموحدة) .

ولا يشترط أن تكون أجرة النقل مدفوعة مقدمًا إلا إذا نص الاعتماد على ضرورة ذلك ، وحتى في البيع سيف حيث تدخل الأجرة والتأمين في الثمن ، ولا يشترط أن تدفع الأجرة عند الشحن ، وقد حكم بذلك في قضية خاصة بشحنة من القطن مبيعة سيف من تاجر برازيلي إلى مشتر بلجيكي على أن يدفع الثمن بواسطة اعتماد غير قابل للنقض ، وقدم البائع مستنداته عن طريق البنك المدعى عليه الذي رفض دفع قيمتها بناء

على أن الأجرة لم تكن مدفوعة مقدمًا ، ولكن المحكمة رفضت وجهة نظر البنك ؛ لأن البائع كان قد خصم قيمة أجرة الشحن من قيمة الفاتورة المقدمة مع المستندات (١) ، وبناءً على ذلك يستوي في الأثرين ، يدفع المشتري الأجرة إلى الناقل عند تسلم البضاعة أو إلى البائع ضمن فاتورة الشراء ، ولو أنه من الناحية العملية يغلب أن يدفع بالطريقة الأخيرة .

وتثير مسألة دفع الأجرة عند الشحن أو عند الوصول مشكلة دقيقة في حالة تقديم المستندات للقبول لا للدفع الفوري ، فالبنك قبل الكمبيالة لتدفع في وقت لاحق عادة بعد أجل التسعين يومًا أو مائة وثمانين يومًا يرتضيها المستفيد ، والمفروض أن البيع سيف يشمل العناصر الثلاثة المعروفة ، فإذا لم يدفع البائع أجرة النقل وألقى بعبئها على المشتري ، فإن هذا الأخير يضار بسبب ذلك ؛ لأنه سيحرم من أجل الوفاء بأجرة الشحن ، فهل يكون من حق البائع ذلك ؟

أجابت محكمة استئناف نيويورك على ذلك بأن الضرر الذي يلحق المشتري في هذه الحالة يمكن تقديره بقيمة الفوائد عن الفترة التي سيحرم فيها من أجل الوفاء ، ونظرًا لتفاهة الفائدة المحتسبة عن هذه الفترة فإنه لا يكون هناك مبرر لرفض مستندات الشحن (٢) .

ولكن تقدير هذه المحكمة مجانب للصواب في نظرنا ؛ لأن الضرر الذي يصيب المشتري لا يقتصر على ما كان يربحه بوجود هذا المبلغ لديه ، والذي يقدر بقيمة الفوائد القانونية عن مدة الأجل الذي يصيب المشتري أكبر من ذلك ؛ لأن الهدف من حصوله على الأجل هو تمكينه من تصريف جزء كبير من البضاعة ، ليتمكن من دفع الثمن عند حلول الأجل ، فإذا ألقى عليه البائع بعبء دفع أجرة النقل خلافًا للمتفق عليه ، فإن النتيجة المنتظرة هي عجز المشتري عن تسلم البضاعة لعدم استطاعته دفع أجرة الشحن ، والمفهوم من كون الثمن سيف مؤجلًا أن يرد التأجيل عليه بجميع عناصره : ثمن البضاعة ، وأجرة نقلها ، وتكاليف التأمين عليها .

خطاب النقل الجوي :

نظرًا لوصول البضاعة المشحونة جوًا في وقت قصير لا يسمح عادة بإجراء تصرفات

---

(١) جوتردج : (ص ٩٢) .

(٢) جوتردج : (ص ٩٢ - ٩٤) .

أو عمليات ائتمانية على البضاعة ؛ لذلك يكون خطاب النقل الجوي عادة اسميًا ولا يعتبر ممثلًا للبضاعة كسند الشحن الإذني أو للحامل .

وخطاب النقل الجوي هو العقد المثبت لعملية النقل وتنظيم أحكامه معاهدة فارسوفيا لعام (١٩٢٩م) المعدلة عام (١٩٥٥م) ، وهي تتضمن تنظيمًا للنقل الذي يعتبر دوليًا بأحكام آمرة ، وتعطي ميزة تحديد المسؤولية للناقل في حالات هلاك أو تلف أو ضياع البضاعة .

ويعد المرسل خطاب النقل الجوي من ثلاث نسخ أو صور أصلية ، ويسلمه مع البضاعة : الأولى : للناقل يوقعها المرسل منه ، والثانية : للمرسل إليه ويوقعها الناقل والمرسل لترسل مع البضاعة ، والثالثة : للمرسل منه يتسلمها عند قبول البضاعة ويوقعها الناقل ، ويغني الختم عن توقيعه ، ويجوز إعداد خطاب النقل الجوي بواسطة الناقل نيابة عن المرسل منه ، وإذا تعددت الطرود يمكن للناقل أن يطلب إلى المرسل منه إعداد خطابات نقل جوي مختلفة .

ويشتمل خطاب النقل الجوي على البيانات التالية طبقًا لاتفاقية فارسوفيا : المكان الذي حرر فيه ، وتاريخ التحرير - نقطتا القيام والوصول - المحطات المتفق عليها ، مع الاحتفاظ للناقل بحقه في اشتراط أن يكون في وسعه تعديلها عند الضرورة دون أن يؤدي هذا التعديل إلى زوال الصفة الدولية للنقل - اسم وعنوان المرسل منه - اسم وعنوان الناقل الأول - اسم وعنوان المرسل إليه إذا اقتضى الأمر - نوع البضاعة - عدد الطرود ، وطريقة تغليفها ، والعلامات المميزة لها ، أو أرقامها - وزن وكمية البضاعة ، وحجمها ، أو أبعادها - الحالة الظاهرة للبضاعة وتغليفها - أجرة النقل إذا اشترط ذلك ، وتاريخ ومكان دفعها ، ومن عليه دفعها - ثمن البضاعة ، وما تكلفه من مصاريف إذا أرسلت على أساس التسليم مقابل الدفع - مقدار القيمة المبينة في الإقرار بالتطبيق لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٢ (١) - عدد صور خطاب النقل الجوي - المستندات

---

(١) تنص هذه الفقرة على أنه « في حالة نقل الأمتعة المسجلة أو البضائع تكون مسؤولية الناقل محددة بمبلغ ٢٥٠ فرنك عن كل كيلو جرام ، ما لم يقدم المرسل منه عند تسليم الطرد إلى الناقل إقرارًا خاصًا يبين فيه مدى ما يعلقه من أهمية على تسليم الطرد للمرسل إليه ، وما لم يدفع مقابلًا لذلك رسمًا إضافيًا إذا لزم الأمر . وعندئذ يكون الناقل ملزمًا بأن يدفع التعويض ، بحيث لا يتجاوز المبلغ المبين في الإقرار ، ما لم يقدم الناقل الدليل على أن هذا المبلغ يجاوز مدى الأهمية الحقيقية التي يعلقها المرسل منه على تسليم الطرد .

المسلمة إلى الناقل لإرفاقها بخطاب النقل الجوي - مدة النقل وبيان موجز عن الطريق المزمع اتباعه إذا كان ذكر ذلك مشترطًا - النص على أن النقل يخضع للاتفاقية .

والمرسل منه مسؤول عن صحة البيانات والإقرارات المتعلقة بالبضاعة التي يدرجها في خطاب النقل الجوي ، وتحمل مسؤولية أي ضرر يلحق الناقل أو أي شخص آخر من جراء بياناته وإقراراته المخالفة للقوانين والغير صحيحة أو الناقصة ، (المادة ١٠ من اتفاقية فارسوفيا) .

ويعتبر خطاب النقل الجوي حجة فيما يتعلق بإبرام العقود ، وباستلام البضاعة ، وبشروط النقل ما لم يقم الدليل على العكس ، وتعتبر البيانات الواردة في خطاب النقل بشأن وزن البضاعة وأبعادها وتغليفها وعدد الطرود حُجَّةً ما لم يثبت خلاف ذلك ، أما البيانات المتعلقة بكمية البضاعة وحجمها وحالتها الظاهرة فلا يحتج بها على الناقل ما لم يكن قد تحقق بنفسه من صحتها بحضور المرسل منه وتم إثبات ذلك في خطاب النقل الجوي ، (المادة ١١ من الاتفاقية) .

وليس للناقل التمسك بتحديد مسؤولية أو بالإعفاء منها إذا كان الضرر قد تولد عن غشه أو عن خطأ يراه قانون المحكمة المعروض عليها النزاع معادلًا للغش ، وكذلك يحرم الناقل من هذا الحق إذا أحدث الضرر في نفس الظروف أحد تابعيه في أثناء تأديته لأعمال وظيفته ، (المادة ٢٥ من الاتفاقية) .

وعلى البنك عند تلقي خطاب النقل الجوي مع المستندات أن يفحصه بعناية ، وإذا وجد فيه اختلافًا عما هو مشترط في الاعتماد أو عن أحكام اتفاقية فارسوفيا كان عليه أن يرفضه ، فإذا كان خطاب النقل موقعًا من المرسل دون الناقل وجب رفضه .

أما إذا كان موقعًا من الناقل باعتباره يعمل لحساب المرسل منه جاز قبوله ، وإذا كان الاعتماد يتطلب خطاب نقل جوي خاضع لاتفاقية فارسوفيا فإن خطاب النقل يكون مرفوضًا إذا ورد أن الناقل يحتفظ لنفسه بالحق في تعديل المحطات التي تهبط فيها الطائرة ؛ إذ يجب عليه أن ينص على ألا يؤدي هذا التعديل إلى زوال الصفة الدولية عن النقل ؛ لأن زوال هذه الصفة يمنع من انطباق الاتفاقية ، كذلك يجب على البنك رفض خطاب النقل الجوي الذي ينص على الأجرة عند الوصول إذا كان المتفق عليه أن تكون الأجرة على المرسل منه (إلا إذا قبل المرسل منه خصم أجرة النقل من قيمة المستندات) ، وإذا

قدم خطاب النقل الجوي إلى البنك في وقت غير عادي نتيجة تأخر وصوله فصار قديمًا كان على البنك أن يرفضه .

تذكرة أو إيصال النقل البري أو النهري :

يثبت النقل في حالة إرسال البضاعة برًا أو نهرًا بتذكرة نقل أو إيصال نقل ، وقد تتخذ تذكرة النقل صورة خطاب من الراسل موجه إلى المرسل إليه محرر من نسختين : إحداهما موقعة من الناقل لتسلم إلى الراسل ، والثانية موقعة من الراسل لتسلم إلى الناقل الذي يرسلها مع البضاعة ويقدمها إلى المرسل إليه في مكان الوصول .

ويبين في تذكرة النقل تاريخها ، ومقدار ، وجنس ، ونوع البضاعة ، وعلاماتها إن وجدت ، واسم ومحل المرسل ، واسم ومحل إقامة الوكيل بالعمولة للنقل إن وجد ، واسم ومحل إقامة المرسل إليه ، والمدة المتفق عليها لوصول البضاعة ، وأجرة النقل ، وبيان مقدار التعويضات التي اتفق عليها في حالة تأخير وصول البضاعة إذا اتفق على شيء من ذلك ، وتاريخ التحرير ، وتوقيع الناقل والمرسل أو الوكيل بالعمولة للنقل ، (المادة ٩٦ تجاري) .

ولكن هذه البيانات ليست إلزامية ، ولا يترتب البطلان على نقصها [١] ، ومع ذلك فإن نقص بعض هذه البيانات يعطي للبنك أو للآمر الحق في رفض تذكرة النقل المقدمة إليه بين المستندات ، إذا كان هذا النقل لا يمكن الاطمئنان معه إلى أن البضاعة مرسلة بكميتها المطلوبة ، أو أنها هي بعينها البضاعة المطلوبة ، وقد تكون تذكرة النقل إذنية وقد تكون للحامل ، ولكن الغالب أن تكون اسمية [٢] ، فإذا كانت إذنية أو لحاملها اعتبرت ممثلة لبضاعة ، فيمكن نقل ملكيتها أو رهنها للاقتراض بضمانها على نفس التذكرة قبل أن تصل البضاعة .

وفي العمل يحل إيصال النقل محل تذكرة النقل ، وهو يقوم على إقرار من المرسل يراجع بواسطة ممثل الناقل من حيث مطابقة ما ورد به لأوصاف البضاعة ، يحرر هذا الممثل الإيصال الذي يسلم إلى الراسل ويحتفظ بصورة أو نسخة منه لترسل مع البضاعة وتقدم إلى المرسل إليه في مكان الوصول ، وينطبق على هذا الإيصال نفس أحكام تذكرة النقل من حيث كونه ممثلًا للبضاعة إذا كان إذنيًا أو للحامل .

---

(١) اسكارا : (٢/٦٤٦) هامش (١) ، الدكتور البارودي ، (ص ١٥١) .

(٢) اسكارا : (٢/٦٤٦) .

فحص وثيقة التأمين :

في البيع سيف يلتزم البائع بالتأمين على البضاعة ، ولكي يتمكن من الاستفادة من الاعتماد المفتوح لصالحه يجب أن يقدم بين المستندات وثيقة تأمين على البضاعة ، وفي البيع فوب قد يعهد المشتري إلى البائع بإبرام عقدي النقل والتأمين لحسابه ، فيلتزم البائع في هذه الحالة بتقديم مستندي النقل والتأمين .

ووثيقة التأمين هي المحرر الذي يفرغ فيه عقد التأمين ، بهذا المعنى تفترق عن طلب التأمين ، وهو الطلب المقدم من المستأمن للحصول على وثيقة التأمين ، كما يفترق عن المذكرة المؤقتة التي تحتوي القواعد الأساسية للتأمين والتزامات الأطراف والتي يقصد بها أحيانًا الاحتفاظ بالحق في العدول عن التأمين ؛ ولذلك لا تقبل ضمن مستندات الاعتمادات المستندية ، قد تكون وثيقة التأمين إذنية أو اسمية أو للحامل ، والإذنية هي الأكثر استعمالاً .

وتتضمن وثيقة التأمين البيانات التالية : التاريخ (الساعة ، واليوم ، والشهر ، والسنة التي حررت فيها) - أسماء الأطراف - بيان البضائع المؤمن عليها - مبلغ التأمين - الأخطار المؤمن عنها - المدة والقسط - مكان الشحن وشرط التحكم .

ويشترط في وثيقة التأمين التي تقدم للاستفادة من اعتماد مستندي الشروط التالية :

أولاً : أن تكون صادرة من شركة التأمين : أو كلاهما أو بواسطة وكلاء التأمين Underwriters ، فلا تقبل إذا كانت صادرة من سمسار Broker إلا إذا أجاز الاعتماد ذلك صراحة ، (المادة ٣٥ من القواعد والعادات الموحدة) ، والسبب في ذلك أن السمسار يتعاقد من إحدى شركات التأمين بطريق الاشتراك ، فتصدر له وثائق تأمين مفتوحة أو عائمة يستخدمها في التأمين على بضائع عملائه بأن يصدر ما يسمى مذكرة التغطية تقوم مقام وثيقة التأمين ، وهذه المذكرة ليست وثيقة تأمين ، ولا تفيد إلا الإقرار بأن ثمة تأمينًا عقد بشأن البضاعة ، وقد يكون هذا الإقرار صحيحًا وقد يكون كاذبًا .

ثانيًا : أن تكون الوثيقة الخاصة بالبضاعة : المشحونة وحدها كما هي مبينة في سند الشحن والفاتورة ، ومع ذلك يمكن قبول وثيقة تأمين الاشتراك التي تغطي أكثر من شحنة Open polisy ، ويدعو إلى إصدار هذه الوثائق كثرة الشحنات التي يصدرها البائع ، والسرعة اللازمة لإنجاز الأعمال المتعلقة بها ، فتصدر وثيقة تغطي كل الشحنات التي تتم

خلال سنة أو نصف سنة مثلًا ، وبالنسبة إلى كل شحنة على حدة يقدم البائع شهادة من المؤمن تتضمن اسم السفينة ، واسم المستفيد ، وعلامات طرود البضاعة ، والمبلغ المؤمن عليه ، واسم المؤمن ، وتنص هذه الشهادة على أن الشحنة في نطاق الوثيقة المفتوحة أو الطافية ، ولا يغني عن تقديم وثيقة التأمين تقديم إقرار بأنه تم التأمين على البضاعة (١) .

وقد اختلفت الآراء عن الطبيعة القانونية لوثائق التأمين المفتوحة والقائمة ؛ فقيل : إنها وعد بالتأمين ، وقيل : إنها تأمين معلق على شرط موقف هو وجود شحنات في المستقبل ، وعند الشحن يكون للتأمين أثر رجعي يستند إلى وقت إبرام الوثيقة (٢) ، والراجح أنه تأمين تام ولا ينقص من تمامه عدم تعيين محله ؛ لأن القاعدة أن المحل إذا لم يكن يكفي أن يكون قابلًا للتعين في وقت لاحق (٣) .

ثالثًا : أن تغطي وثيقة التأمين الرحلة كلها : وتظهر أهمية هذا الشرط في حالة تغيير السفينة أثناء الطريق ؛ إذ يجب أن يكون واضحًا أن الوثيقة تغطي النقل بكافة وسائله ، وإذا نصت الوثيقة على الشروط المعتادة للويدز ، فهذا يتضمن شرطًا من المخزن أي من خروج البضاعة من مخازن الشاحن إلى دخولها مخازن المرسل إليه (٤) .

رابعًا : ألا يقل المبلغ المؤمن عليه عن قيمة البضاعة سيف في حالة البيع سيف : وإذا لم يمكن تحديد قيمتها سيف من المستندات المقدمة ، كان للبنك ألا يقبل التأمين إلا على أعلى القيمتين الآتيتين : المبلغ المسموح بسحبه بموجب الاعتماد أو قيمة الفاتورة التجارية ، ويكون التأمين غالبًا بقيمة البضاعة سيف مضافًا إليها عشرة في المائة أو نسبة مئوية أخرى يحددها الاعتماد (٥) .

خامسًا : إذا نص الاعتماد على أن تكون وثيقة التأمين واجبة الدفع في مكان معين : فيجب أن تنص الوثيقة على ذلك (٦) .

سادسًا : أن تكون وثيقة التأمين صادرة بنفس العملية : المبينة في الاعتماد ما لم ينص

---

(١) جوتردج : (ص ٩٨ ، ٩٩) . (٢) مصطفى طه : (ص ٤١٤) .
(٣) ريبير : (٥٥٣/٣) - فقرة (٢٥٦٣) - (٥٥٣/٣) ، علي يونس : فقرة (٣٧٨) - (ص ٤٢١) .
(٤) جوتردج : (ص ٩٧) .
(٥) محمد محمود فهمي : (ص ٣٤) ، أمين ميخائيل : (ص ٨١) ، زكي مهنا : (ص ١٥٠) .
(٦) جوتردج : (ص ٩٧) .

الاعتماد على غير ذلك ، (المادة ٣٧ من القواعد الموحدة) .

سابعًا : أن تنص الوثيقة على : أن قسط أو أقساط التأمين مدفوعة حتى لا يتعرض الآمر للجزاءات التي ينص عليها في وثائق التأمين من وقف ضمان المؤمن أو فسخ العقد لعدم سداد القسط ، أما إذا كان المؤمن قد قبل تحصيل القسط من المشتري فيجب على البائع أن يخصم من قيمة الفاتورة مبلغ القسط حتى لا يدفع مرتين ، ويشترط ألا يكون الاعتماد اعتماد قبول ؛ لأن الثمن شاملًا أقساط التأمين يرد عليه التأجيل .

ثامنًا : أن يبين في الوثيقة تاريخ بدء الضمان وتاريخ انتهائه : لمعرفة ما إذا كان الحادث المؤمن منه قد وقع في فترة الضمان أو قبلها ، وينص عادة على أن التأمين يسري إلى ما بعد وصول البضاعة بخمسة عشر يومًا [١] .

تاسعًا : ألا يكون تاريخ وثيقة التأمين لاحقًا : لتاريخ سند الشحن ، حيث يحتمل أن تهلك البضاعة في هذه الفجوة الزمنية .

عاشرًا : أن يكون المؤمن ذا يسار ملحوظ : فإذا كان معسرًا كان البائع مسؤولًا عن تعاقد مع شخص معسر ، أما البنك فلا يكون مسؤولًا عن هذا قبل الآمر طبقًا لمادة ١٧ من القواعد الموحدة ، إلا إذا كان قد علم به قبل دفع قيمة الاعتماد وقبل وثيقة التأمين رغم ذلك ، وينظر إلى يسار المؤمن وقت انعقاد التأمين ولا أثر للإعسار اللاحق .

حادي عشر : أن تكون وثيقة التأمين صحيحة : ونافذة المفعول قانونًا وقت تقديمها ، فإذا كانت باطلة لعدم تزويد المؤمن بالوقائع المادية التي يجب أن يعلمها كان للبنك أن يرفض هذه الوثيقة ، وإذا نشبت الحرب بين بلد المؤمن وبلد المشتري فإن البنك يحق له أن يرفض وثيقة التأمين ، ويحق له رفض الوثيقة التي بها أثر كشط أو تعديل ، ولو تم بحسن نية وبقصد تصحيح خطأ وقع فيها [٢] ، إلا إذا كان التصحيح موقعًا عليه بواسطة شركة التأمين بنفس التوقيعات التي تظهر في أسفل الوثيقة .

ثاني عشر : أن تكون وثيقة التأمين من الوثائق المعتادة أو المألوفة في التجارة :

ويحدد الآمر عادة الشروط التي يتطلبها في وثيقة التأمين عند طلبه فتح الاعتماد ، وإذا أغفل ذلك كان على البنك في رأي البعض أن يلاحظ مطابقة الوثيقة المقدمة لما هو

---

(١) زكي مهنا : (ص ١٥٠) .

(٢) جوتردج : (ص ٩٨) .

مألوف في نوع التجارة التي تتصل بالبضاعة المشحونة (١) ، ولكن هذا ينطوي على تشديد في مسؤولية البنك ؛ إذ لا يمكن للبنك مهما كثرت فروعه واتسع نشاطه أن يحيط بجميع الأعراف المعمول بها في جميع أنحاء العالم بشأن كل نوع من أنواع التجارات ، وفي صدد التأمين على كل نوع من هذه الأنواع ، والصحيح أن البنك لا يسأل إلا في حالة ما إذا كان المألوف في التجارة عرفًا عالميًا يجري العمل به في كل وثائق التأمين .

ومن الشروط التي يكثر اشتراطها في وثائق التأمين أن تكون وثيقة متضمنة شرط ضمان جميع الخسارات All Risks ، وقد نصت المادة (٣٩) من القواعد الموحدة على أنه : « إذا اشترط الاعتماد التأمين ضد جميع المخاطر تقبل البنوك مستند التأمين الذي يحتوي على أي بيان أو شرط « جميع المخاطر » ، سواء كان يحمل أو لا يحمل العنوان « جميع المخاطر » ، حتى ولو كان يذكر مخاطر معينة مستبعدة ، وذلك دون مسؤولية عن أي خطر أو أية مخاطر غير مغطاة » .

والتأمين ضد جميع المخاطر - طبقًا للقانونين المصري والفرنسي يغطي الخسارات التي تصيب المستأمن نتيجة حوادث بحرية عارضة أو قوة قاهرة ، والحوادث البحرية هي كل ما يقع في البحر يؤدي إلى خسارة ولو لم يكن بفعل الرياح والأمواج ، وقد تكون هذه الحوادث بحرية بطبيعتها كالعواصف ، والغرق ، والجنوح ، والتصادم ، والإلقاء في البحر ، وقد تكون حوادث حربية تقع أثناء الرحلة البحرية كالأسر ، والنهب ، والتوقف عن السفر بأمر الدولة ، ويخرج من نطاق التأمين عيب ذاتي في الشيء المؤمن عليه أو بسبب خيانة الربان والبحارة ، فهذه لا يضمنها المؤمن إلا باتفاق خاص يكون عادة مقابل زيادة قسط التأمين (٢) .

وللآمر أن يحدد نوع التأمين الذي يطلب والمخاطر الإضافية التي يجب تغطيتها ، ويجب ألا يستعمل تعبيرات غير محددة مثل « المخاطر العادية » أو « المخاطر المألوفة » ، فإذا لم يتضمن الاعتماد تحديدًا من هذا النوع كان للبنك أن يقبل وثيقة التأمين التي

---

(١) مارية : فقرة (١١٠) ، (ص ١٢٣ - ١٣٢) .

(٢) مصطفى طه : الوجيز - (ص ٤٢٧) ، ثروت عبد الرحيم : الإعفاءات والمسموحات في التأمين البحري : الفقرتان (٢٨٤ و ٢٨٥) ، لورو وأوليف : تعليق على وثيقة التأمين الفرنسية للتأمين البحري على البضائع : (ص ٢٨) هامش (١) .

تقدم إليه كما هي [١] ، وإذا اشترط في الاعتماد أن يكون التأمين بشرط ضمان جميع الخسائر ، فإن للبنك أن يقبل أية وثيقة تأمين تحتوي هذا الشرط دون مسؤولية عليه إذا كان هناك خطر معين لا تغطيه [٢] .

وللبنك أن يقبل وثيقة التأمين مبين بها أن تغطية الخسارات تخضع لنسبة من المسموحات ، إلا إذا كان الاعتماد ينص صراحة على ألا يكون التأمين خاضعًا لأية نسبة من المسموحات [٣] .

ويجب على البنك ألا يتجاوز في فحص وثيقة التأمين ولو كان ذلك التجاوز يبدو في مصلحة الآمر ، فإذا كانت وثيقة التأمين المقدمة تغطي مخاطر أكثر من التي طلب الآمر تغطيتها فليس للبنك أن يقبلها إذا كانت مقابل قسط مرتفع ، وبالعكس إذا اشترط الاعتماد هذا الخطر [٤] .

وإذا تعرضت الشروط الواردة في وثيقة التأمين وجب رفضها ، ومع ذلك يمكن اتباع بعض القواعد القانونية لإزالة التناقض ، منها :

١ - تفضل الشروط المطبوعة في هامش الوثيقة على الشروط المطبوعة في صلبها .

٢ - تفضل الشروط المضافة إلى الشروط المطبوعة باللصق والطبع على الشروط المطبوعة في هامش الوثيقة .

٣ - تفضل الشروط المضافة بالآلة الكاتبة على غيرها من الشروط .

٤ - تفضل العبارات المكتوبة بخط آلي على كل العبارات مكتوبة أو مطبوعة .

٥ - تراعى قاعدة : إعمال النص أولى من إهماله .

٦ - تفسر الكلمات بمعناها البسيط المعتاد إلا إذا ثبت أن المقصود بها معنى فني مصطلح عليه في العرف التجاري .

٧ - تفهم الكلمة من سياق العبارة التي وردت فيها ، بل ومن سياق عبارات الوثيقة [٥] .

---

(١) المادة (٣٨/أ ، ب) من القواعد الموحدة . (٢) المادة (٣٩) من القواعد الموحدة .

(٣) المادة (٤٠) من القواعد الموحدة .

(٤) نقض فرنسي (١٩٥٤/٧/١٣ م) ، دالوز (٥٤ - ٦٣٠) .

(٥) الدكتور ثروت عبد الرحيم : فقرة (٢٩) .

٨ - يجب ألا تتوسع المحاكم في تفسير المطبوعة ، ويجب قصرها في نطاق العرف والعادات الجارية (١) .

٩ - إذا حررت الوثيقة بلغة أجنبية بالنسبة لأحد الطرفين أو كليهما وجب تفسير شروطها في ضوء ما تدل عليه عباراتها من الناحية اللغوية ، أو الفنية ، أو القانونية في اللغة المكتوب بها (٢) .

ومع ذلك فإننا ننصح البنوك بعدم قبول وثيقة متناقضة إلا بعد الرجوع للآمر وأخذ موافقته عليها .

فحص الفاتورة التجارية :

الفاتورة ورقة يحررها البائع ببيان كمية البضاعة ، وأوصافها ، وسعر الوحدة منها ، وإجمالي قيمتها ، وقيمة النقل والتأمين عليها ، وكثيرًا ما يذكر فيها رقم الاعتماد المستندي واسم البنك مصدره .

وللفاتورة أهمية كبيرة ، فهي أساس احتساب الثمن ولا يتسنى ذكر تفاصيل في سند الشحن ؛ لذلك تعتبر مستندًا مفصلًا ، وقد يكتفي البائع بتحرير الفاتورة ولا يسحب الكمبيالة ؛ لأنها تغني عنها (٣) .

ويجب أن تكون الفاتورة باسم الآمر إلا إذا نص الاعتماد على غير ذلك (٤) ، ويجب أن يكون وصف البضاعة في الفاتورة مطابقة للاعتماد . أما باقي المستندات فيكفي أن توصف البضاعة فيها بعبارات عامة (٥) ، ويجب ألا تتضمن الفاتورة مصاريف غير عادية خاصة بالبضاعة كمصاريف التخزين أو النقل في الداخل ، أو البرقيات ، أو العمولات إلا إذا أجاز الاعتماد لذلك ، كما يجب ألا تتضمن أية مصاريف خاصة ببضاعة أخرى غير المشحونة ، وأن يبين فيها ما إذا كان الثمن فوب ، أو سيف ، ، أو غير ذلك .

وإذا اشترط الاعتماد تقديم عدة نسخ من الفاتورة وجب تقديمها ، وإذا كان الاعتماد يسمح بالشحن الجزئي اقتصرت الفاتورة على ما يوازي البضاعة المشحونة .

(١ ، ٢) الدكتور علي يونس : الاستغلال البحري - فقرة (٣٥٨) .

(٣) الدكتور محسن شفيق : (ص ١٠٧) هامش (٢) .

(٤) محمد محمود فهمي (ص ٣٣) . (٥) المادة (٤١ / جـ) القواعد الموحدة .

فحص المستندات الإضافية :

قد يطلب الآمر مستندات تكميلية بالإضافة إلى المستندات الرئيسية زيادة في التأكيد من شحن البضاعة وسلامتها من بعض العيوب أو الأمراض أو الآفات ، أو لإثبات توفر صفات خاصة فيها ، ولا يمكن وضع حصر لأنواع الشهادات والمستندات الإضافية ؛ لأنها تكون من تأليف الأطراف في كل حالة على حدة ، ولكن من أشهر هذه المستندات :

١ - **إيصال الإيداع** : وهو مستند يثبت أن البضاعة أودعت أحد مخازن الإيداع ، وله فائدة مهمة لدى الآمر حيث يتحقق أن البضاعة أصبحت مودعة باسمه ، وأن المصاريف التي دفعها للإيداع قد أنفقت على الوجه الصحيح .

٢ - **إذن التسليم** : وهو مستند يمكن المرسل إليه من تسلم البضاعة في ميناء الوصول من أمين الحمولة .

٣ - **الفاتورة القنصلية** : وهي فاتورة تقدم إلى قنصل بلد المشتري يعمل في بلد البائع أو ميناء الشحن ؛ ليؤشر عليها بما يفيد أن البضاعة المبينة بها من صنف جيد ، وأن أسعارها مطابقة للأسعار السائدة في الأسواق هناك ، وقد يذكر فيها أنها من إنتاج بلد البائع الآمر الذي قد يكون له دخل في تقدير الرسوم الجمركية عليها [١] .

٤ - **شهادة المنشأ** : وهي شهادة تصدر عن الغرف التجارية أو بعض الجهات الحكومية تبين البلد الذي أنتجت فيه البضاعة ، وعند رجال الجمارك يختلف مفهوم بلد المنشأ عن بلد المصدر الذي استوردت منه البضاعة مباشرة [٢] ، وتفيد شهادة المنشأ في تنفيذ القرارات الخاصة بمقاطعة إسرائيل .

٥ - **شهادات الوزن أو الخواص أو التحليل** : وتبين وزن البضاعة أو كونها تتضمن خواصها أو عناصر معينة ؛ ولذا قد تسمى بالشهادة النوعية ، وتطلب من جهات متخصصة [٣] .

٦ - **الشهادة الصحية** : وتفيد خلو البضاعة من الأمراض خاصة إذا كانت

(١) تيريل ولوجين : (ص ٢٧٣) ، ليسكو وروبلو : (ص ٥٨٩) .
(٢) انظر المادتين (١٩ ، ٢٠) من قانون الجمارك رقم (٦٦) لسنة (١٩٦٣م) .
(٣) زكي مهنا وبكر عثمان : (ص ١٤٨ ، ١٤٩) .

حيوانات حية [١] .

٧ - **قائمة التعبئة** : وهي مستند به بيانات عن الأوزان الصافية والقائمة لكل طرد من طرود البضاعة .

٨ - **شهادات شركات المراجعة** : وتفيد قيام شركات المراجعة بالإشراف على التعبئة ، ومراجعة البضاعة .

٩ - **شهادة الخلو من الآفات الزراعية** : Phutopatholgy وتفيد خلو النباتات من الآفات ، حتى لا تنتشر عدواها للإنسان وللمزروعات المحلية [٢] .

وإذا اشترط الآمر تقديم شهادات من هذا النوع دون ذكر شروط معينة لما هو مطلوب في كل شهادة فإن البنك يقبل ما يقدم إليه من شهادات تحمل هذه الأسماء كما هي بدون مسؤولية عليه ، ومع ذلك فإنه يلتزم بفحصها الفحص الظاهري ، فالشهادة الصحية يكفي أن تحمل هذا الاسم ، وأن تفيد عباراتها أنها متعلقة بهذا الشأن ، ولكن لا يلتزم البنك بالتأكيد من صورها من جهة طبية أو علمية ، ولا يبحث ما إذا كانت تفي بالغرض أم لا .

واشترط تقديم مثل هذه الشهادات في الاعتمادات هو من شروط العقود التي يجب الوفاء بها طالما أنه ليس فيها تحريم حلال أو تحليل حرام ، وقد سبق بيان ذلك في مواضع مختلفة من الأحاديث الشريفة الدالة عليه .

* * *

(١ ، ٢) زكي مهنا وبكر عثمان : (ص ١٤٩) .

المَبْحَثُ الرَّابِعُ

تجديد الاعتماد وانقضاؤه في الشريعة والقانون

جمعنا في هذا المبحث موضوعين يحتاج كل منهما إلى مطلب مستقل :

المطلب الأول : عن تجديد الاعتماد .

المطلب الثاني : عن انقضاء الاعتماد .

وذلك في كلٍّ من الشريعة والقانون الوضعي .

المطلب الأول : تجديد الاعتماد :

يحدد البائع والمشتري المدة التي يتم خلالها تنفيذ العقد حسب توقعاتها تحديدًا تقريبيًا عند التعاقد ، وقرب نهاية مدة الاعتماد يسرع البائع إلى المشتري أو إلى البنك الوسيط طالبًا مد أجل الاعتماد .

ويتم مد الأجل باتفاق الآمر والبنك المنشئ ، أما البنك المؤيد فمن حقه أن يؤيد أو لا يؤيد ، وإذا أيد فمن حقه أن يجري تأييدًا كليًا أو جزئيًا ، ولا يلزم رضاء المستفيد لانعقاد أو صحة اتفاق الامتداد ، وإن كان هذا الاعتماد غالبًا ما يتم بناء على طلبه ، ومع ذلك إذا تضمن الاعتماد شروطًا لا يقبلها كان له أن يرفضه .

وينصب مد أجل الاعتماد على الاعتماد بصورته التي انتهى إليها في نهاية أجله الأول ، فيدخل في نطاق الامتداد التعديلات التي أدخلت على الاعتماد أثناء مدته السابقة ، وفي هذا يختلف مد الأجل عن إنشاء اعتماد جديد مماثل لاعتماد كان مفتوحًا من قبل ، وفي هذه الحالة تنشأ العلاقة الجديدة بالشروط الأصلية لهذا الاعتماد ، ولا تؤخذ التعديلات في الاعتبار إلا إذا نص صراحة فيه على ذلك .

وإذا رفض المستفيد مد الأجل ؛ لكونه يتضمن شروطًا جديدة لا يقبلها ، فإن الامتداد لا يتم ، وينتهي الاعتماد عند نهاية مدته دون امتداد ؛ إذ لا يملك المستفيد أن

يجبر البنك المنشئ والآمر على مد الأجل ، بل ذلك أمر اختياري لهما .

ولا يختلف مد أجل الاعتماد طبقًا للشرع الإسلامي عنه في القوانين الحديثة ؛ لأن الامتداد اتفاق كما أن الإنشاء كان باتفاق ، وكل من هذين الاتفاقين يجب الوفاء به وبشروطه .

المطلب الثاني : انقضاء الاعتماد المستندي :

لانقضاء الاعتماد المستندي طرق إرادية ، وغير إرادية .

فالطرق الإرادية لانقضائه هي :

- الوفاء .
- ما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة .
- حلول أجل انتهاء الاعتماد .
- تنازل المستفيد عن الاعتماد .

والطرق غير الإرادية لانقضاء الاعتماد هي :

- وفاة المستفيد أو انقضاؤه إن كان شركة .
- التقادم .
- اتحاد الذمة .

ولكل من النوعين سنخصص فيما يلي مطلبًا .

ويلاحظ أن بعض طرق الاعتماد البسيط لا يؤدي حصولها إلى انقضاء الاعتماد المستندي ، مثل إفلاس العميل ، أو فقده الأهلية أو وفاته ؛ لأن حق المستفيد مستقل عن علاقة العميل بالبنك .

أولا : الأسباب الإرادية لانقضاء الاعتماد المستندي :

أولًا : الوفاء :

ينقضي الاعتماد إذا قدم المستفيد خلال أجل الاعتماد مستندات الشحن المطلوبة ، وكانت مطابقة لشروط الاعتماد فأدى إليه البنك قيمتها .

ويكون الوفاء بنفس العملة المنصوص عليها في الاعتماد ، ويتم في المكان المنصوص

على الدفع فيه ، والذي غالبًا ما يكون بلد المستفيد ، وقد يتعدد مكان الوفاء ، ويكون ذلك خاصة في الاعتماد القابل للتحويل عندما تختلف محال إقامة كل من المحال إليهم ، فيدفع البنك كل منهم في بلده ، ثم يدفع الفرق بين فواتيرهم وفواتير المستفيد الأول إلى هذا الأخير في بلده .

وكيفية الوفاء هي في الغالب الاستعانة ببنك مراسل في الخارج سواء مبلغًا ، أو مؤيدًا ، أو معينًا ، أو لم تكن له صلة بالاعتماد ، ولا يوجد ما يمنع من أن يتم الوفاء بشيك مصرفي .

وقد يكون الوفاء منجزًا أو متعلقًا على شرط إذا وجد البنك اختلافًا بين المستندات المقدمة وبين شروط الاعتماد ، وكان هذا الاختلاف يسيرًا ينتظر أن يتغاضى الآمر عنه فيقرر البنك أن يقع تحت التحفظ أي دفعًا معلقًا على شرط فاسخ ، هو أنه إذا رفض الآمر المستندات تحقق الشرط الفاسخ واسترد البنك ما أداه .

ويكون الوفاء مضافًا إلى أجل إذا منح المستفيد البنك المؤيد للبنك المنشئ أجلًا للوفاء يستفيد منه الآمر بالتبعية ، وكثيرًا ما يقترن منح هذا الأجل بالتوقيع على كمبيالة مستندية تستحق في الأجل المتفق عليه ، وتفصل عنها المستندات لتسلم إلى الآمر وترد الكمبيالة موقعة إلى المستفيد ، وتسمى عملية فصل المستندات Divorce of bill from Documents[1] ، ويصبح البنك بتوقيعه عليها مدينًا صرفيًا بعد أن كان مدينًا بموجب الاعتماد المستندي .

ولا يسترد البنك خطاب الاعتماد من المستفيد عند الوفاء ، وإن كان يستطيع أن يحصل منه على مخالصة ، ولكن من الناحية العملية يكتفي البنك المنشئ بإخطار البنك الوسيط إياه بحصول الوفاء ، ولا يطالبه بتقديم المستندات المثبتة لحصول الوفاء إذا نشب نزاع مشكك في حصوله ، وبعد الوفاء يرجع البنك المنشئ على الآمر بما وفاه وله حبس المستندات حتى يستوفيه .

ثانيًا : ما يقوم مقام الوفاء :

يقوم مقام الوفاء وقوع مقاصة قانونية ، أو قضائية ، أو اتفاقية بين دين المستفيد في ذمة البنك بقيمة الاعتماد المستندي وبين دين عليه للبنك ؛ إذ تؤدي المقاصة إلى انقضاء

---

(١) جوتردج : (ص ٥٩) .

الدينين في حدود الأقل منهما مقدرًا ، ومع ذلك يترتب للبنك المنشئ الموفي الحق في الرجوع على الآمر بمقدار ما وقعت فيه المقاصة من قيمة الاعتماد .

ثالثًا : انقضاء الأجل الفاسخ :

يفتح الاعتماد المستندي دائمًا لأجل محدد ، وينقضي بانقضاء هذا الأجل المنهي أو الفاسخ ، فإذا تقدم المستفيد بمستنداته بعد ذلك كانت مرفوضة ، ولكن البنك لا يرد المستندات إلى المستفيد فورًا ، فقد تكون للآمر مصلحة في قبولها ، رغم ورودها بعد الأجل ؛ لذلك يخطره البنك بوصول المستندات متأخرة ويترك له قبولها أو رفضها ، ولكن يجب أن يلاحظ أن تأخير المستندات لدى البنك المنشئ قد يمكن المستفيد من التمسك بأن هذا السكوت يعني أنها قد قبلت ؛ لذلك يجب أن يتم تقرير رفض المستندات أو قبولها في وقت ممكن ، وإذا تعذر على البنك الاتصال بالآمر فلا يعلق الأمر حتى يتيسر الاتصال به ، بل يرد المستندات فورًا .

رابعًا : تنازل المستفيد عن حقه في الاعتماد :

من الناحية العملية يندر أن يحصل هذا التنازل ، ولكن إذا صدر هذا التنازل من المستفيد فإنه يجب على البنك أن يحصل من المستفيد على صك خطاب الاعتماد الموجه إليه ، أو أن يستكتبه تنازلاً عن حقه الناشئ منه ؛ حتى يتأكد أن المستفيد لن يرجع عن هذا التنازل .

ويترتب على التنازل إبراء البنك فينقضي التزامه بصدد الاعتماد المستندي .

ثانيًا : الأسباب غير الإرادية لانقضاء الاعتماد المستندي :

أولاً : وفاة المستفيد :

يفتح الاعتماد المستندي لصالح المستفيد شخصيًا ، فشخص المستفيد موضع اعتبار لدى الآمر ولدى البنك بالتالي ؛ لذلك لا يجوز أن يستفيد غيره ، حتى ورثته من الاعتماد المفتوح لصالحه ، وعلى ذلك فإن الاعتماد المستندي ينقضي بوفاة المستفيد طالما أنه لم يكن قد تقدم بالمستندات قبل وفاته ، أو على الأقل لم يكن قد أعدها ليتقدم بها ، وقد يغض المشتري النظر عن الاعتبار الشخصي في العملية ويختار الاستمرار في تنفيذها مع ورثة البائع ، فيخطر البنك بذلك ويصبح ورثة البائع ذوي صفة في الاستفادة من الاعتماد .

ويستوي مع الوفاء انقضاء الشخصية المعنوية لشركة مستفيدة بحلها وتصفيتها ؛ إذ ينقضي بذلك حقها في الاعتماد إذا كانت تفيد الاعتماد من بين أعمال التصفية القائمة ، فتقبل منها المستندات إذا قدمت قبل انقضاء أجل الاعتماد .

ثانيًا : التقادم :

يمكن أن ينقضي التزام البنك المنشئ بالتقادم إذا كان المستفيد قد تقدم بالمستندات ولم يدفع إليه البنك قيمتها حتى مضت مدة التقادم ، وتختلف مدة التقادم بحسب ما إذا كان المستفيد قد أرفق المستندات بكمبيالة مستندية أم لا ، ففي الفرض الأول تكون مدة التقادم خمس سنوات من تاريخ تقديم الكمبيالة إذا كانت مستحقة الدفع لدى الاطلاع وقدمت في المواعيد المقررة بقانون الرصف ، أو من تاريخ استحقاقها إذا كانت مقدمة للقبول وتستحق الدفع بعد أجل معين ، ولم يتخذ المستفيد أي إجراء ضد البنك خلال هذه المدة ، ويستطيع الدائن أن يوجه اليمين إلى البنك فإن حلفها اعتبر التقادم الخمسي تامًا ، وإن نكل عنها أوردها على المستفيد فحلفها اعتبر الالتزام بصدد الكمبيالة قائمًا .

وتقادم الحق الثابت في الكمبيالة بخمس سنوات لا يمنع المستفيد من تعقب البنك المنشئ بدعوى الاعتماد المستندي نفسه ، ودعواه في هذا لا تتقادم إلا بمضي خمس عشرة سنة .

أما في الفرض الثاني ، أي لم تكن المستندات مرفقة بكمبيالة مستندية وإنما طالب المستفيد البنك بمقتضى الفاتورة وسائر المستندات ، فإن حق المستفيد لا يسقط إلا بمضي خمسة عشر عامًا ، وكل ذلك مشروط بأن تكون المستندات مطابقة لشروط الاعتماد المستندي ؛ إذ إن المستندات غير المطابقة لا تنشئ حقًّا في قيمة الاعتماد إذا كان البنك المنشئ قد أخطر المستفيد باختلاف تقديم المستندات .

ثالثًا : اتحاد الذمة :

لا يؤدي اتحاد الذمة بين الآمر والمستفيد إلى انقضاء الاعتماد المستندي ؛ ذلك أنه من المألوف فتح اعتمادات مستندية بين فروع لشركة واحدة يكون إحداها آمرًا والآخر مستفيدًا ، ومع ذلك فقد يختار الشخص المعنوي اعتبار الاعتماد منقضيًا .

* * *

المَبحَثُ الخَامِسُ

التكييف القانوني والشرعي للاعتماد المستندي وكونه معاملة مستحدثة متكاملة

سوف ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين لمعالجة ما تضمنه عنوانه :

المطلب الأول : في التكييف القانوني للاعتماد المستندي .

المطلب الثاني : في التكييف الشرعي للاعتماد المستندي ، وكونه معاملة مستحدثة متكاملة .

المطلب الأول : في التكييف القانوني للاعتماد المستندي :

قدمت أفكار كثيرة التزام البنك في الاعتماد المستندي ، من أهمها :

فكرة القبول المسبق ، وفكرة الوعد بالقبول ، وفكرة الكفالة ، وفكرة الإنابة ، وفكرة الإرادة المنفردة ، وفكرة الاشتراط لمصلحة الغير ، وسوف نناقش كلًّا من هذه الأفكار في فقرة مما يلي :

أولًا : فكرة القبول المسبق :

ذهب إلى هذه الفكرة هنري روسو في تعليق في سيري (١) قائلًا : إن خطاب الاعتماد يعتبر قبولًا مقدمًا من البنك للكمبيالات التي سيقوم البائع بسحبها عليه تنفيذًا للاتفاقات السابقة بينه وبين المشتري ، وهو قبول منفصل أي يتم بسند منفصل عن الكمبيالة .

وقد وجه إلى هذه الفكرة نقد كثير ، فقيل : إن القبول يجب أن يوضع على نفس الكمبيالة لا في سند منفصل عنها ، وأن عدم قابلية الاعتماد المستندي للتحويل أصلًا يتنافى مع قابلية الأوراق التجارية للتداول (٢) ، كذلك قيل : أنه يجب أن يكون القبول

---

(١) سيري : فقرة (١٩٩٢ - ٢ - ١٧) .

(٢) هامل في تعليق على حكم نقض فرنسي (عرائض) (٢٦ يناير ١٩٢٦م) ، دالوز الدوري (١٩٢٦ - ١ - ٢٠٣/١٠٢) .

في الكمبيالة باتًّا غير معلق على شرط [١] ، ويستطيع المحسوب عليه أن يقتصر قبوله على جزء من مبلغ الكمبيالة ، بينما في الاعتماد المستندي نجد أن المسألة لا تتعلق بتحديد المبلغ الذي يرد عليه القبول ، وإنما تتعلق بشرط وارد على القبول نفسه هو تقديم مستندات مطابقة رفق الكمبيالة ، ومن ناحية أخرى ، فإنه إذا اعتبر التزام البنك وعدًا بالقبول ، فإن هذا الوعد لا يمكن أن يعتبر قبولًا تترتب عليه النتائج المنصوص عليها في قانون التجارة [٢] ، وأخيرًا لا تصلح هذه الفكرة في حالات تنفيذ الاعتماد بواسطة الدفع فورًا ودون سحب كمبيالة [٣] .

ثانيًا : فكرة الوعد بالقبول :

يتجه إلى هذه الفكرة ليون ورينو [٤] ، فيريان أن التزام البنك في الاعتماد المستندي وعد القبول يتلوه عند تقديم الكمبيالة ، ولكن لا يترتب على هذا الوعد آثار القبول ، وخاصة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع .

ويرد على هذا الرأي الاعتراض الذي وجه إلى فكرة القبول المسبق من حيث إنه لا يصلح لتفسير التزام البنك في اعتماد الوفاء أو الخصم ، ومن ناحية أخرى يتعارض هذا الرأي مع أحكام الاعتماد في مواجهة المستفيد .

ثالثًا : فكرة عقد من نوع خاص :

يذهب إلى الفكرة شيرون [٥] ، حيث يرى أن علاقة المشتري بالبنك عقد من نوع خاص غريب عن العقود المدينة وينفرد بأحكام خاصة ، كإنشاء حق البائع مستقل عن مصدره ، وقد أخذ على هذه الفكرة أنها تقرر الواقع ولا تفسره .

رابعًا : فكرة الكفالة :

ذهبت إلى هذه الفكرة بعض الأحكام القضائية [٦] ، ومؤداها أن البنك الذي يفتح

---

(١) ليون كان ورينو : القانون التجاري (١٠٠٠/٤) ، طبعة (١٩٢٣ م) .
(٢) مارية : فقرة (٢٨) ، (ص ٥٠) . (٣) هامل في التعليق سالف الذكر .
(٤) ليون كان ورينو : (١٠٠٠/٤) .
(٥) شيرون : تعليق على حكم محكمة باريس في (١٩٢٣/٤/٢٦م) ، دالوز الدوري (٢٣-٢-١٣٧) .
(٦) نقض عرائض فرنسي في (٢٦/١/٢٦) ، دالوز الدوري (١٩٢٦-١-٢٠١) ، محكمة الهافر التجارية في (١٩٢١/١١/١٤م) ، دالوز (٢٣-٢-١٣٧) .

اعتمادًا قطعيًا لصالح البائع يصير كفيلًا للمشتري ، ويؤكد دفع قيمة البضاعة بشرط أن يكون البائع قد نفذ التزامه صحيحًا (١) ، وينتج عن هذا - في رأي محكمة النقض الفرنسية - أنه إذا قدم البائع المستندات المشترطة فإن البنك لا يستطيع أن يرفض تنفيذ التزامه غير القابل للنقض ، ولا يستطيع بصفة خاصة أن يستفيد من إعسار المشتري لإلغاء الاعتماد ، والرجوع المحول للبنك الذي دفع قيمة الاعتماد لا يمكن إعماله في مواجهة المشتري الذي أعطى الأمر بالاعتماد أو أفاد من الدافع ، ولا يستطيع البنك أن يتعقب مشتريًا سابقًا كان قد تنازل عن عقده إلى الآمر .

وقد وجه نقد شديد إلى هذا الرأي : فالكفالة عقد تابع ، وهي تختفي بمجرد أن ينقضي الالتزام الأصلي ، ويستطيع الكفيل فيها أن يدفع بالمقايضة بين دين الكفالة في ذمة المكفول له وبين الدين المستحق عليه ككفيل ، والأمر على خلاف ذلك في الاعتماد المستندي حيث الخصيصة الأساسية فيه هي استقلال التزام البنك استقلالًا مطلقًا عن عقد البيع الذي أنشئ الاعتماد بمناسبته ، ومهما ثارت المنازعات بين البائع والمشتري بشأن هذا العقد فإن البائع يظل صاحب حق مباشر قائم بذاته وغير قابل للنقض قبل البنك منشئ الاعتماد (٢) .

وقد انضمت محكمة النقض المصرية إلى معارضة فكرة الكفالة فقررت : « أن البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد مصرفي لوفاء ثمن صفقة تمت من تاجرين لا يجوز اعتباره أمينًا للطرفين ؛ إذ لا توجد لديه وديعة بالمعنى المصطلح عليه قانونًا ، كما لا يصح وصفه بأنه كفيل يتبع التزامه المدين المكفول ، بل يعتبر التزامه في هذه الحالة التزامًا عن العقد القائم بين البائع والمشتري ، فلا يلزم بالوفاء إلا إذا كانت المستندات المقدمة إليه من البائع المفتوح الاعتماد لصالحه مطابقًا تمامًا لشروط فتح الاعتماد (٣) .

---

(١) يميل ادكور أن أنطاكي والسباعي من سوريا إلى هذا الرأي - انظر مؤلفهما فقرة (٤٢) ، (ص ٤٤٩) ، وانظر مع ذلك رأيهما في الفقرة (٤٥٣) من نفس المؤلف .

(٢) هامل في تعليقه على هذا الحكم بدالوز (١٩٢٦) ، ليون كان ورينو : (١٠٠٠/٤) ، ماريه : فقرة (٢٩) ، (ص ٥١) .

(٣) مجموعة مبادئ النقض في ٢٥ عامًا (٢٢٠/١) . وانظر في تأييد لنفس المعنى : حكم استئناف القاهرة (١٩٦١/١١/٢١م) في المجموعة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية (٦٠ - ١٤٢) ، وانظر نقض مصري (٦٦/٥/٣١) - مجموعة النقض (س ١٧ ص ١٣٧٩) .

والفارق الحاسم في نظرنا بين الكفالة والاعتماد المستندي هو اختلاف الأطراف في كل منهما ، فإذا كان « طرف العقد » هو من ساهم في إبرامه لمصلحة يبتغيها منه تقابل مصلحة الطرف الآخر وتتعلق آثاره بشخصه [١] ، فإن طرفي عقد الكفالة طبقًا لهذا المعيار هما : الكفيل والدائن ، أما الطرفان في الاعتماد المستندي - طبقًا لهذا المعيار أيضًا - فهما البنك والآمر ، فاتفاقهما هو الذي ينشئ حق الدائن (المستفيد) ، وليس هذا طرفًا في اتفاقهما ، فالاتفاق مكون من طلب من الآمر يعتبر إيجابًا وقبولًا من البنك في صورة خطاب اعتماد يستجيب فيه لطلب الآمر ، وبهما ينعقد العقد دون اشتراك إرادة الدائن المستفيد ، ومن هذا يتبين لنا أنه إذا كان طرفا عقد الكفالة هما الكفيل والدائن أساسًا ، فإن طرفي الاعتماد المستندي هما البنك والآمر ، أو بلغة نظرية الكفالة : الكفيل والمدين ، واختلاف الأطراف على هذا النحو يقطع في محو كل وجه للشبه بين الكفالة والاعتماد المستندي .

خامسًا : فكرة الإنابة :

يذهب هامل في تعليقه على حكم النقض الفرنسي الذي ناقشناه في الفقرة السابقة ، إلى أن الإنابة هي التي تفي بمتطلبات الاعتماد القطعي [٢] ، كذلك يذهب ماريه [٣] إلى أن أساس التزام البنك في الاعتماد المستندي هو إنابة الآمر إياه في الوفاء إلى المستفيد إنابة قاصرة يظل الآمر بموجبها مدينًا ، بحيث إذا لم يف البنك كان للبائع أن يرجع على الآمر ، كما أن حق المستفيد في الاعتماد مطهر من الدفوع عن علاقة البنك بالآمر .

ونلاحظ على فكرة الإنابة القاصرة أنها وإن كانت تفسر كون حق المستفيد حقًّا أصليًّا مباشرًا ، وتفسر ظاهرة عدم جواز الاحتجاج بدفوع البنك قبل الآمر بتوجيهها إلى المستفيد ، إلا أنها مع ذلك فكرة بعيدة الصلة بالاعتماد المستندي ، وذلك من الأوجه التالية :

١ - إن الإنابة القاصرة اتفاق ثلاثي الأطراف يشترك في إبرامه المنيب والمناب لديه ، وهم حسب تصوير القائلين بهذه الفكرة : الآمر ، والبنك ، والمستفيد ، ولا تنعقد الإنابة إلا بتوافر رضاء الأطراف الثلاثة ، ولكن الآمر على خلاف ذلك في الاعتماد

---

(١) انظر كتابنا « خطاب الضمان » فقرة (١٢٧) .

(٢) دالوز الدوري (١٩٢٦ - ١ - ٢٠٣) . (٣) مارية : فقرة (٣١) ، (ص ٥٢ - ٥٥) .

المستندي ، فالمستفيد ليس طرفًا فيه وإن كان يتلقى حقًا منه ، إن عقد الاعتماد ينعقد بمجرد تراضي البنك والآمر ويرتب الآثار القانونية المعروفة عنه ، ولا يلزم رضاء المستفيد وإن كان له أن يرفض الحق الناشئ له من الاعتماد إذا تراءى له ذلك ، وإذن لا يلزم لكي ينتج الاعتماد المستندي أثره في ذمة المستفيد بإكسابه الحق الناشئ عنه إلا عدم اعتراض المستفيد عليه ، وعدم الاعتراض شيء والقبول الذي ينعقد به العقد شيء آخر ، وعدم الاعتراض لا يعتبر حتى قبولًا ضمنيًا ؛ لأن القبول الضمني المستفاد من السكوت أو عدم الاعتراض يجب أن يكون السكوت فيه سكوتًا ملابسًا ، أي تحمل الظروف المحيطة على اعتباره قبولًا ضمنيًا ، ويترتب على ذلك : أن المناب لديه القابل في الإنابة - سواء كان قبوله صريحًا أو ضمنيًا - يستطيع أن يطعن على عقد الإنابة بالبطلان لعيب شاب إرادته من غلط أو تدليس أو إكراه ، بينما المستفيد غير المعترض في الاعتماد المستندي لا يستطيع أن يدعي بعيب من عيوب الإرادة ليبطل الاعتماد ؛ لأن إرادته لم تشترك اشتراكًا إيجابيًا في عقده ، ولأن عيوب الإدارة لا تتصل بعدم الاعتراض وهو عمل سلبي للإدارة .

٢ - إن نطاق التجريد في الإنابة يقتصر على عدم جواز تمسك المناب قبل المناب لديه بدفوع علاقة بالمنيب ، أما دفوع علاقة المناب لديه بالمنيب فيجوز للمناب التمسك بها ، وعلى خلاف ذلك تجد التجريد في الاعتماد المستندي يتناول كل الدفوع سواء كانت ناشئة عن علاقة البنك بالآمر ، أو عن علاقة الآمر بالمستفيد .

٣ - إن البنك يحتفظ بالعمولة التي يحصل عليها عند إنشاء الاعتماد ولو رفض المستفيد الاعتماد ، وقد استقر العرف على هذا وأصبحت تقضي به الآن لائحة أسعار الخدمات المصرفية التي سنها البنك المركزي [(١)] ، والإنابة لا تفسر لنا هذا الحكم ، بل تؤدي إلى عكسه لو أخذنا بها ؛ إذ يترتب على رفض المستفيد ألا تنعقد الإنابة ولا يكون للبنك سند في الاحتفاظ بالعمولة فيجب ردها وإلا كان مثريًا على حساب الآمر .

---

(١) تم الإشارة سلفًا إلى ترك البنك المركزي المصري لكل بنك حرية تحديد أسعار الخدمات المصرفية .

سادسًا : فكرة الإرادة المنفردة :

يذهب أسكارا (١) إلى أن مركز البنك في الاعتماد المستندي كمركز الواعد بجائزة يتعهد كلاهما مستقلًا بأداء عمل معين إذا نفذ شخص عملًا معينًا في الاعتماد تقديم المستندات ، وهو في الوعد بجائزة العمل الذي تستحق به الجائزة ، كما يرى أن التزام البنك هنا التزام مجرد .

ويعيب هذا الرأي أن الوعد بجائزة يوجه إلى الجمهور عن طريق علني ، فإذا وجهت الإدارة إلى شخص معين أو أشخاص معينين خرجت عن أن تكون وعدًا بجائزة وسرت عليها قواعد الإيجاب ، فلا بد من أن يقترن بها القبول ، وبذلك تصبح الإرادة منفردة .

ومن ناحية أخرى ، لا تصلح فكرة الإرادة المنفردة أساسًا لالتزام البنك قبل المستفيد لثلاثة أسباب :

الأول : إن الإرادة المنفردة ليست مصدرًا عامًا للالتزام في أغلب التشريعات ، وإنما هي مصدر في الحالات المنصوص عليها فقط ؛ وبذلك يكون القانون لا الإرادة المنفردة هو مصدر الالتزام .

الثاني : إن فكرة الإرادة المنفردة تتجاهل العلاقات الأصلية التي أنشأت الاعتماد المستندي ، فتنكر دور الآمر كلية .

الثالث : إن الإرادة المنفردة في الحالات التي ترتب فيها الالتزام بنصوص خاصة ترتبة مقيدًا لا مجردًا ، بينما الاعتماد المستندي يلتزم به البنك التزامًا مجردًا ، وجرى العرف المصرفي على ذلك ، ولم يبين أسكارا تفسيرًا وأساسًا لصفة التجريد التي يريد إسباغها على تعهد البنك بإرادته المنفردة .

سابعًا : فكرة الاشتراط المجرد لمصلحة الغير :

تتم عملية الاعتماد المستندي بطلب من الآمر يوجهه إلى البنك ، فإذا وافق البنك واستوفت العملية شروطها المصرفية ، فإنه يصدر خطابًا يوجهه إلى المستفيد يخطره فيه بإنشاء الاعتماد وبشروطه التي يترتب بها ، ويوجه صورة إلى الآمر أو يخطره به بكتاب يوجهه إليه .

---

(١) اسكارا : جـ (١) - طبعة (١٩٤٨م) - فقرة (١٣٩٠) .

هذه العملية يظهر فيها جليًا دور الإدارات التي تشترك فيها وهي إدارة العميل التي يحملها طلبه والتي تعتبر إيجابًا ، ولا بد أن يتلقى بهذا الإيجاب قبولًا ، وحتى يترتب الأثر القانوني المنشود في ذمة البنك ، وهو قيام التزامه في مواجهة المستفيد ، وقد يظن البعض أن هذا القبول يتم قبل إصدار خطاب الاعتماد بأن يؤشر مسؤول أو ممثل للبنك على طلب العميل بفتح الاعتماد المستندي أو بأن يخطر البنك الآمر بأنه سيفتح الاعتماد ، ولكننا لا نرى في مثل هذه الإجراءات ما يمكن اعتباره اعتمادًا مستنديًا تامًا ؛ لأن إدارة البنك النهائية الباتة في أن يلتزم لم تصدر بعد ، والتأشيرات على طلب العميل بالموافقة ليست قبولًا ؛ لأن القبول لا أثر له إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ، وهذه التأشيرات لا تعلن إلى الآمر ، وأقصى ما يمكن تصوره في إخطار البنك للآمر بأنه سيفتح الاعتماد ، هو أن هذا وعد بفتح اعتماد وليس اعتمادًا مفتوحًا ؛ لذلك فإننا نرى أنه قبل صدور خطاب الاعتماد موقعًا من البنك (أو قبل صدور البرقية التي تحمل وسيلة التصديق والتأكيد منها ومن الرقم الشفري في حال الاعتماد بالبرقية) يكون من المتعذر الاستدلال على وجود قبول ملزم للبنك بفتح الاعتماد ؛ ولذلك أيضًا نعتبر أن قبول البنك يتمثل دائمًا في فتح الاعتماد بموجب خطاب الاعتماد أو البرقية المرسلة على البنك الوسيط ، وبهذا القبول المتلاقي مع الإيجاب يتم فتح الاعتماد ؛ وباستلام المستفيد خطاب الاعتماد يصبح حقه على الاعتماد غير قابل للنقض إلا من جانبه هو ، فإذا رفض الاعتماد انتقص حقه ، وبذلك نلاحظ أن إرادة المستفيد لا تشترك في إبرام عقد الاعتماد .

وصورة العملية - على النحو الذي أوضحناه - لا ينطبق عليها إلا وصف واحد هو الاشتراط لمصلحة الغير ، فهو الشكل القانوني الذي ينعقد بإرادته طرفان ويرتب حقًّا لغيرهما دون أن يشترط هذا الغير في إبرام التصرف ، ولكن يكون له رفض الحق الناشئ منه احترامًا لحريته الشخصية فلا تدخل ذمته حقوق رغمًا عنه .

وبتطبيق فكرة الاشتراط لمصلحة الغير على الاعتماد المستندي نجد أن الآمر (المشترط) يشترط على البنك المنشئ (المتعهد) حقًّا للمستفيد (المنتفع) ، فالآمر المشترط يتعاقد باسمه المستفيد ، ويشترط ذاته دون أن يمر هذا الحق بذمة المشترط أو المتعهد ويحقق المشترط بهذا العقد مصلحة مادية ظاهرة هي الوفاء بدينه وتسهيل حصوله على بضاعته .

ويترتب على هذا التكييف أن البنك ليس وكيلًا عن الآمر المشترط في الوفاء إلى

المستفيد ؛ لأن البنك يلتزم قبل هذا الأخير التزامًا شخصيًا مستقلًا عن التزام الآمر قبل المستفيد ، فلا يحاسب ولا يسأل مسؤولية مشددة باعتباره وكيلًا مأجورًا ، كما تذهب إلى ذلك بعض المحاكم وبعض الكتاب ، وإنما يسأل بمقتضى عقده مع الآمر عما يجب أن يبذله من العناية التي تقتضيها مهنته .

ويترتب على تكييف التزام البنك بأنه اشتراط لمصلحة الغير أحكام معينة في علاقته بالآمر من ناحية المستفيد ، ومن ناحية أخرى ، ففي علاقة البنك بالآمر يكون للآمر أن يطالب البنك بتنفيذ الاعتماد ، ويكون للبنك أن يطالب الآمر بدفع عمولته وغطاء الاعتماد ، ويكون لكل منهما أن يتمسك في مواجهة الآخر بكل ما يتعلق بعقد الاشتراط مع دفوع البطلان أو دفوع الانقضاء والفسخ وعدم التنفيذ ، وكل ذلك يخضع للقواعد العامة في الالتزامات .

أما في علاقة البنك بالمستفيد فإن المستفيد المباشر الناشئ عن الاشتراط يصطدم بعقبتين قد تخرجان عن نطاق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير ، وهما :

كون المشترط يستطيع نقض هذا الحق ، وكون المتعهد يستطيع أن يدفع في مواجهة المنتفع (المستفيد) بالدفوع الناشئة عن علاقته بالآمر المشترط أو عن علاقة هذا الأخير بالمستفيد .

فهل يظل الاعتماد المستندي رغم هاتين العقبتين من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير ؟ الجواب : نعم ، وإليك تفسير ذلك :

من ناحية حق النقض المقرر للمشترط ، نلاحظ أن هذا الحق وإن كان من خصائص الاشتراط لمصلحة الغير ، إلا أنه ليس من مستلزماته ، بمعنى أن هذا الاشتراط يمكن أن يكون غير قابل للنقض بأن التعهد المشترط في العقد بجعل حق المستفيد غير قابل للنقض ، هذا هو ما يحدث في الاعتماد المستندي ، فهو تارة يكون قابلًا للنقض وتارة يكون غير قابل للنقض ، وليس في هذا ما يتعارض مع فكرة الاشتراط لمصلحة الغير ؛ لأن هذا يمكن أن يقع في أي اشتراط .

وأما من ناحية جواز توجيه الدفوع إلى المستفيد ، فإن الأمر لو ترك لقواعد الاشتراط المنصوص عليها في القانون المدني لكي تعمل عملها في مجال الاعتماد المستندي لوجب القول بأن للبنك أن يدفع في مواجهة المستفيد بالدفوع الجائزة في عقد الاشتراط .

ولكن العرف المصرفي - استجابة لاحتياجات التجارة - قد عالج هذه الثغرة ومنع الآثار السيئة التي يمكن أن تترتب عليها خصوصًا في معاملة تقع بين بلاد مختلفة ، كالاعتماد المستندي بأن جرى على تطهير العلاقة بين البنك والمستفيد من الدفوع المرتبطة بالعلاقات الأصلية أو المترتبة عليها ، وهذا التطهير أو التجريد هو الميزة الأساسية التي تضفي على الحق الناشئ من الاعتماد قوة وثباتًا وسيولة وثقة .

وليس في إضافة التجريد إلى الاشتراط لمصلحة الغير تناقض ، وإنما هو الوضع المألوف في أنظمة القانون المدني حينما تدخل إلى مجال القانون التجاري ، إذ تتحور بما يناسب طبيعة المعاملات التجارية التي تقوم عليها الثقة والسرعة ، فإذا أخذنا صورتي الكمبيالة والإنابة مثالًا ، نجد في الإنابة شخصًا يطلب إلى مدينة أن يدفع الساحب إلى مدينة المسحوب عليه أن يدفع إلى دائنه مبلغًا معينًا ، فإذا وقع المسحوب عليه بالقبول كانت هذه الصورة هي نفس صورة الإنابة ، باستثناء أن الإنابة إنما هي تتميز بأحكام خاصة تسمى قانون الصرف ، الأمر كذلك بالنسبة إلى الاعتماد المستندي الذي يعتبر اشتراطًا لمصلحة الغير متصفًا بالتجريد ، والمعروف أن معاملات البنوك نشأت وتطورت بدافع الحالات العملية ، واستمدت أحكامها مما جرى عليه العرف بشأنها ؛ لذلك يعتبر من الجمود أن نحاول رد أنواع المعاملات إلى الأشكال الثابتة التي يعرفها القانون المدني وأن نشترط فيها أن تكون مدينة صرفة ، بل المفروض أن تتلون الأشكال المدنية بلون القانون التجاري عندما تدلف إلى مجاله .

والتجريد في نظرنا لا يكون بفصل الالتزام عن سببه ، ولا بالوقوف عند الإرادة الظاهرة دون الباطنة ، ولا بتأخير الرجوع بالدفوع إلى ما بعد الوفاء [1] ، وإنما هو منع الاحتجاج بدفوع في مواجهة أشخاص معينين .

وتتحدد الدفوع التي يتطهر منها التصرف القانوني ، والدفوع التي تتعلق به بنص القانون على ذلك التحديد ، فإذا قرر القانون التجريد هي المحافظة على استقرار التعامل ، ومنع مفاجأة الغير الحسن النية الذي لم يكن طرفًا في معين ، ولم يعلم بعيوب هذا التصرف بالدفوع الناشئة عنه ، مؤدى هذا أن الدفوع التي يتطهر منها التصرف طبقًا لهذه الحكمة ، هي :

---

(١) انظر في تفصيل هذه الآراء ومناقشتها كتابنا : خطاب الضمان .

١ - الدفع ببطلان التصرف لغلط ، أو تدليس ، أو إكراه ، فعيوب الإرادة لا ينبغي أن تؤثر على حق الغير حسن النية .

٢ - الدفع بالفسخ لعدم التنفيذ .

٣ - الدفع بعدم التنفيذ .

٤ - دفوع الانقضاء المتعلقة بالحق الأصلي .

وطبقًا للحكمة من التجريد أيضًا لا يتطهر التصرف من الدفوع التالية :

١ - الدفع بانعدام الرضا ؛ لأن هذا يمنع من انعقاد التصرف أصلًا .

٢ - الدفع بنقض أهلية أحد الأطراف ؛ لأن مصلحة ناقص الأهلية وحماية ما له ، نظرًا لضعفه اقتضت أن ترجح كفته حين توزن بمصلحة الغير كامل الأهلية ، ولو كان حسن النية .

٣ - الدفع بعلم الغير بالعيوب التي تشوب التصرف ؛ إذ تنتفي الحكمة من حماية الغير عند الغير ما دامت عيوب العلاقة ليست مفاجأة له ، وإنما يعلمها من قبل عند تلقيه الحق عن أحد أطراف العلاقة الأصلية .

٤ - الدفع بعيوب الشكل ؛ إذ إن هذه العيوب تكون بادية في السند المثبت للتصرف ، بحيث لا يجوز لمن يتلقى الحق الثابت في هذا السند أن يدعي عدم علمه بالعيب الشكلي البادي أمامه في السند .

أما من حيث الأشخاص الذين يتطهر التصرف من الدفوع بالنسبة إليهم فهم غير حسني النية ، الذين لم يكونوا أطرافًا في التصرف الأصلي ، ولم يعلموا بوجود عيوب أو دفوع ناشئة عن العلاقة الأصلية ، ويترتب على هذا أن التصرف لا يتطهر من الدفوع فيما بين أطرافه الأصليين ؛ لأن المفروض فيهم أنهم يعلمون بما فيه من العيوب والدفوع ، ويجب أن يكون المتمسك بالتجريد شخصًا غير أطراف التصرف الأصليين ، وأن يكون قد تلقى حقًّا عن أحد هؤلاء الأطراف ، وأن يكون حسن النية عند تلقيه للحق ، ومعنى حسن النية أنه لا يعلم عند تلقي الحق بعيوب أو دفوع العلاقة الأصلية ، كما يجب أن يكون القانون قد اعتبر هذا التصرف تصرفًا مجردًا ، وقد يكون القانون الذي يقضي بتجريد التصرف قاعدة تشريعية (كما في الإنابة) ، أو قاعدة عرفية (كما في الاعتماد المستندي) .

وبتطبيق ما تقدم من تحليل لفكرة التجريد على الاعتماد المستندي نجد أن العلاقة المنشئة للاعتماد عقد بين البنك والآمر ، ومن هذا العقد يتلقى المستفيد حقًّا رغم كونه أجنبيًّا عنه ، أي رغم كونه من الغير بالنسبة إليه ، وهنا تظهر دواعي الحماية من التجريد وتنشأ الحاجة إلى الموازنة بين المحافظة على استقرار التعامل ، وبتأكيد حق هذا المستفيد وحجب الدفوع عن أن تنال منه ، وبين المقتضيات الفنية القانونية في التحري عن سلامة الإرادة ترجح كفتها - لدى الموازنة - فيما بين المتعاقدين ، وأن مقتضيات استقرار التعامل ترجح كفتها - عند الموازنة - إذا تعلق الأمر بحق الغير الذي تلقى حقًّا بحسن نية عن التصرف أو عن أحد أطرافه ، ومن هنا بدت ميزة تطهير الاعتماد المستندي من الدفوع المتعلقة بالإنفاق على إنشاء الاعتماد بعلاقة المستفيد بالآمر (عقد البيع) ، ورغم كون المستفيد طرفًا في هذه العلاقة ، وكان يسمح بالاحتجاج بدفوعها الآمر إنما يكون فيما بينه وبين المستفيد ، أي خارج نطاق الاعتماد المستندي .

المطلب الثاني : التكييف الشرعي للاعتماد المستندي وكونه معاملة مستحدثة متكاملة :

لم تكن هناك معاملة قديمًا تحمل اسم الاعتماد المستندي ؛ لأن عامة المعاملات قديمًا تتم شفاهة ؛ إذ كانت معرفة الكتابة أمرًا نادرًا ؛ لذلك كان أمرًا جديدًا أن يأمر القرآن بكتابة الديون في آية المداينة على خلاف المألوف تيسيرًا للإثبات وقطعًا للنزاع ، وهذه خطوة مهمة ونقلة من التخلف إلى الحضارة في مجال المعاملات المدنية .

غير أن الكتابة أحيانًا لا تناسب المعاملات التجارية لكونها تحتاج إلى الثقة والسرعة والتبسيط والتيسير ؛ لذلك سمحت آية المداينة باستثناء المعاملات التجارية ، حين يكون ذلك أمرًا مفيدًا فقالت : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ، غير أن عدم التقيد بالكتابة يغلب في مجالات معينة كالبيوع التجارية المحلية ، أما البيوع الدولية ومعاملات البنوك فتكون عادة مكتوبة ، وبين أطراف غائبين ، ويكثر فيها استعمال وسائل لاسلكية وإلكترونية ، مثل : التلكس ، والفاكس ، وأجهزة سويفت ، وغير ذلك ، وإذا لم تكن عبارة الاعتماد المستندي مستخدمة قديمًا ، فإن فكرتها وغرضها الأساسي لا بد وأنه كان معروفًا على نحو ما في الجاهلية والإسلام ؛ لأن قريشًا كانت لها قوافل سنوية تتجه جنوبًا وشمالًا

نحو اليمن والشام ، وكانت تبيع وتشتري من شعوب أخرى ، وكانت تنشأ بالضرورة ديون بصدد مثل هذه التجارات ، ويتصدى لضمان سداد هذه الديون شخص يثق بالمدين ، وفكرة دخول طرف ثالث يضمن الوفاء في صفقة معينة هي نفس الفكرة التي يقوم عليها الاعتماد المستندي ، أي هي فكرة سد فجوة عدم الثقة بين جانبين قد لا يعرف أحدهما الآخر ، وهو يتعامل معه ، وقد كانت هذه الفكرة في زمن الإمام ابن تيمية قد تبلورت في صورة ما يسمى : ضمان السوق ، أي أن يضمن ما يجب على التاجر من الديون وما يقبضه من الأعيان المضمون ضمان صحيح ، وهو ضمان ما لم يجب وضمان المجهول ، وذلك جائز عند الجمهور (١) .

كذلك يمكن أن يكون لصاحب المال وكيل عنه يقوم بمعاينة البضاعة عند التعامل وينوب عن الأصيل في الوفاء والاستيفاء ، وقد كان رسول الله ﷺ يقوم بعمل الوكيل في مال خديجة رضي الله عنها قبل الإسلام ، وهذه الوكالة تشبه دور عديد من الأشخاص الذين يتصلون بالبيوع الدولية والاعتمادات المستندية ، ومثل شركات التفتيش في الموانى عندما تكون وكيلة عن المشتري ، ومثل البنوك عندما تمثله في مراجعة مستندات الشحن للتحقق من جديتها ومصداقيتها ، وعلى مستوى من الخبرة لا يتوافر للمشتري المحلي الذي يكون أحيانًا رجلًا أميًا لا يقرأ ولا يكتب ، وشبه المسترسل والمستأمن الذي يثق في الكلام الذي يقال له وينقاد للقائل وهو يوجهه في مثل هذه المعاملات .

وقد استمر دور الوكلاء عن التجارة في الوفاء والاستيفاء بعد الإسلام وحتى هذا العصر ، سواء كانت الوكالة بلا أجر أو مقابل أو نسبة مئوية ، ويمكن أن يكون الوكيل وكيلًا بدون أجر على أساس أن يستفيد هو أيضًا بخدمات موكله ، بأن يتخذ من هذا الموكل وكيلًا يرعى بعض أعماله في بلده أي : أن تكون الوكالة على سبيل التبادل بينهما .

إلا أن الاعتماد المستندي بوضعه الحالي وما له من تقسيمات وأحكام وتفريعات كثيرة كما رأينا ، يعتبر معاملة مستحدثة ، أي : وليدة القرن الماضي على الأكثر ، ولكنها معاملة سريعة التطور حتى أن واضعي القواعد الدولية التي تصدرها غرفة التجارة الدولية بشأنها لا يفرغون من وضع هذه القواعد ؛ إذ إنهم ما إن يصدروا مجموعة

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية : (٥٤٩/٢٩) .

قواعد حتى يبدأوا عقبها في تعقب العمل والعرف ومعرفة اتجاهاته ، وهل يسير في نفس الاتجاه الذي رسموه أم يجب عليهم أن قواعدهم لتساير العرف ، وهذه عملية لا تنتهي .

وكثيرًا ما يصيبنا الحرج ونحن نجد بعض الأحكام في مؤلفاتنا الشرعية القديمة لا تساعدنا على إعطاء الرأي في المعاملات المستحدثة ويكثر الخلاف في ذلك ، وقد عُني بمناقشة هذه المسألة الشيخ محمد أبو زهرة رحمة اللّه عليه ، وتعرض لمسألة ما إذا كان يجوز إنشاء عقود جديدة غير معروفة في الكتب الفقهية القديمة ، وما إذا كان يجوز إضافة شروط غير معروفة من قبل على العقود المعروفة ، وننقل فيما يلي تحليله لهذه المسائل والرأي الذي انتهى إليه (١) .

الخلاف مبناه الخلاف في التشديد والتساهل في جعل آثار العقود من عمل الشارع فقد قال الذين شددوا في جعل آثار العقود من الشارع : أن الأصل في العقود المنع حتى يقوم الدليل على الإباحة ، ومع الإباحة وجوب الوفاء ، والذين تساهلوا وجعلوا لإرادة العاقدين سلطانًا في آثار العقود بمقتضى الإذن من الشارع بجعل الرضا ذا أثر في العقود جعلوا الأصل في العقود الإباحة ووجوب الوفاء بها ؛ حتى يقوم الدليل على المنع والتحريم .

« وعلى القول الأول نكون مقيدين بعدد العقود التي تذكرها الكتب ووردت بها الآثار ودلت عليها المصادر الشرعية والأدلة الفقهية ، فما لم يقم عليه الدليل ، فهو ممنوع والوفاء به غير لازم ؛ لأنه لا التزام إلا بما ألزم به الشرع ، فما لم يرد دليل على وجوب الوفاء فلا وفاء ، فليس للناس إذن على هذا القول أن يعقدوا ما شاؤوا من العقود ، ويشترط من الشروط ما يرون فيه مصلحتهم إلا إذا قام الدليل على المنع ، فعندئذ لا يجب الوفاء » .

وقد استدل الذين أخذوا بالقول الأول :

١ - بأن الشريعة قد رسمت حدودًا وأقامت معالمًا لرفع الحق ولتسود المعاملة العادلة بين الناس بلا شطط ، ولم تترك أمر الناس فرطًا بلا ضوابط ولا حدود ولا قيود تمنع الظلم والغرر والجهالة المفضية إلى النزاع ، وكل عقد لم يرد به دليل مثبت له من الشرع

(١) هذا البحث موجود في كتاب الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة صفحة (٢٥٨) وما بعدها .

أو لا يعتمد على أصوله الثابتة بلا ريب في ثبوتها فهو تعد لحدود الشريعة ، وما يكون فيه تعد لحدودها لا تقره ولا توجب الوفاء به ، وأيضًا فإن وجوب الوفاء إلزام الشارع الحكيم ، ولا يصح أن نفتي في أمر وندعي أن الشارع ألزم به إلا إذا ورد في مصادر الشريعة وأصولها ما يدل على الإلزام ووجوب الوفاء ، ومن ألزم به إلا ورد في مصادرها ما يوجب الوفاء به فقد حرم حلالًا وأحل حرامًا ، وذلك افتراء على اللّه بالكذب وفعل أهل الجاهلية الذين كانوا يحرمون ويحلون من غير علم من الشرع ولا سلطان مبين .

٢ - وقد استدل أيضًا لهذا القول بقول الرسول ﷺ : « **من عمل عملًا ليس عليه أمرنا فهو رد** » (١) ، فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزامه إلا ما صح أن يكون عقدًا جاء النص بالإلزام به باسمه أو بإباحة التزامه (٢) .

وأيضًا فقد ورد أن رسول اللّه ﷺ وقف خطيبًا فحمد اللّه وأثنى عليه بما هو أهله ، ثم قال : « **فما بال أقوام يشترطون شروطًا ليست في كتاب اللّه ، ما كان من شرط ليس في كتاب اللّه فهو باطل ، ولو كان مائة شرط ، كتاب اللّه أحق وشرط اللّه أوثق ؟** » (٣) .

وإذا كان كل شرط يشترط ولم يرد به نصٌّ باطلًا ، فبالأولى كل عقد يعقده العاقدان ولم يعلم من مصادر الشريعة أنها تقره وتلزم بالوفاء به .

وقد استدل الذين يرون أن الأصل في العقود الإباحة لا المنع ، وأن كل عقد واجب الوفاء إلا ما قام الدليل على منعه :

أ - بما ورد في القرآن الكريم من وجوب الوفاء بالعقود من غير تعيين ، فكل ما يصدق عليه أنه عقد فهو واجب الوفاء بمقتضى نص القرآن ، ولقد أثبت القرآن أن كل تجارة يوجد فيها الرضا فهي مباحة تثبت لكلا العاقدين حقوقًا مالية ، فكل ما يطلق عليه اسم التجارة من العقود يجب الوفاء بما يشتمل عليه من التزام بالنص ، وكل ما يشبه التجارة واجب الوفاء أيضًا بمقتضى القياس عليها ما دام قد تحقق مناط الجواز وهو الرضا ؛ لأنه علة الوفاء ، والمعنى الذي من أجله كان الالتزام فيه العقود ، وآيات القرآن الكريم الواردة في وجوب الوفاء بالعهود كثيرة متضافرة في المعنى ، ومبينة أن الغدر ليس

(١) رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها ، كتاب الأقضية ، رقم (١٧١٨) .

(٢) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ، الجزء الخامس (ص ٣٢) .

(٣) رواه مسلم ، كتاب العتق ، رقم (١٥٠٤) .

من الإسلام ونقيض أخلاقه وخروج عن مبادئه ، وليس العقد بين العاقدين إلا عهدًا قد قيدت بأحكامه ذمتها وهل غل في أعناقها ، فالوفاء به وتنفيذ موجباته من نوع الوفاء بالعهد ، والامتناع عن تنفيذ ما اشتمل عليه حنث في العهد لا يتفق مع مبادئ الأخلاق التي يدعوا إليها الدين ، ومع احترام العهد الذي يلزم به ، وكيف لا يكون الوفاء في العقود مطلوبًا والآثار متضافرة عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه توجب الوفاء بالعهد وعدم خفر الذمة وتقبيح الغدر ، وليس الامتناع عن تنفيذ ما أوجبه العاقد على نفسه كيفما كان عقده ومهما يكن وصفه وموضوعه إلا من باب الغدر ، فالوفاء بكل عقد واجب ولو لم يرد به نص ما دام لم يشتمل على أمر حرّمه الشارع ونهى عنه [٣] .

ب – وقد استدل أيضًا لإثبات أن الأصل في العقود وجوب الوفاء بها إلا ما قام الدليل على ضد ذلك بأن العقود من الأفعال التي تسمى في لسان الفقهاء بالعادات وليست من العبادات ، والعادات ينظر فيها إلى عللها ومعانيها لا إلى النصوص والآثار ، فليست عبادة يتعبد بها ، بل أحكامها معللة بمصالح الناس وإقامة العدل بينهم ودفع الفساد ، فلا يقف المكلف عند النص ، بل كل متحقق فيه العلة يتعدى إليه الحكم ، وقد ناط الشارع الحكيم نقل الحقوق وإسقاطها بالرضا ، فكل عقد يتحقق فيه الرضا وفيه نقل حق أو إسقاط حق فهو واجب الوفاء ، ولو لم يرد به نص صريح مبيح ملزم الوفاء به لتحقق العلة فيه .

جـ – ومما يستدل به لهذا الرأي أن كثرة الفقهاء وأن كثرة أصحاب المذاهب المشهورة يقررون أن الأصل في الأشياء والمعاملات العادية وما لا يتعلق بالإبضاع الحل لا الحرمة ، ولا شك أن عقود المعاملات المالية من ذلك الصنف ، فكان الأصل في الإقدام عليها الإباحة ، فمباح للشخص بمقتضى ذلك الأصل أن يباشر من العقود ما يرى فيه مصلحته ، وما يحقق رغبته ، وإذا كانت العقود كلها مباحة للشخص ، ولو لم ينص عليها ولم يرد في المصادر الفقهية ، فالوفاء بها لازم لوجود الإذن العام بجعل الرضا أساسًا لإثبات الحقوق وأساسًا لنقلها وأساسًا لإسقاطها ، ولوجود الإلزام العام بالوفاء بالعقود واحترام العهود وعدم الغدر ، ولقد فصل الشارع ما حرم ، فتحريم العقود التي يرد ما يدل على تحريمها تحريم ما أحل الله ﷻ وتهجم على شرعه من غير علم ولا سلطان مبين .

« ويقول ابن تيمية : أن القول بالمنع حتى يقوم الدليل على الإباحة هو قول كثير من

(٣) (رسالة العقود والشروط لابن تيمية – الجزء الثالث من الفتاوى (ص ٣٣٣ – ٣٣٥) .

أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد ، فإن أحمد قد يعلل أحيانًا بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس ، كما قاله في إحدى الروايتين في وقف الإنسان على نفسه ، كذلك طائفة من أصحابه قد يعللون فساد الشرط بأنها تخالف مقتضى العقد ، ويقولون : ما خالف مقتضى العقد فهو باطل (٣) .

« والمتتبع لعبارات الفقهاء في الكتب المذهبية المختلفة يصدق ما نقله ذلك الكاتب الفقيه العظيم ، وهنا يجول بالخاطر سؤال يبلبل النفس ويثير الحيرة : أتقف الشريعة في نظر أولئك العلية من العلماء جامدة ، فتحكم بالبطلان على كل ما يجد في شؤون المعاملات من عقود وشروط » .

إن الصفقات التجارية قد اتسع أفقها وتشعبت أنواعها ، وتنوع بحسب العرف التجاري ما يشترطه العاقدون حتى وجدت عقود لم تكن ، وتفنن الناس في الشروط تفننًا باعد ما بين العقود وأصولها المذكورة في كتب الفقه ، ولو حكمنا ببطلان تلك العقود وفساد هاتيك الشروط لصار الناس في حرج وضيق ، ولشلت الحركة في الأسواق ، ولتقطعت العلاقات التجارية بين الناس ، بل لتقطعت الأسباب ، فلا تنمو ثروات آحاد الناس ولا تنمو ثروة الجماعات ، وذلك ما يحول في الصدور الفقهية بشكل عام ، ولكن القارئ الممعن في تقديم ما يقرأ الذي لا يكتفي بالسطور حتى يتغلغل فيما وراءها ، يرى أن ذلك الرأي الغالب على أولئك السابقين من أهل الفقه لا يؤدي إلى تضييق المعاملات على الناس ؛ لأن الكثرة من أولئك الذين منعوا الوفاء بالعقد حتى يقوم الدليل قد وسعوا في الأدلة المثبتة لجواز العقود ، حتى وسعت تلك الأدلة كل ما تجري به المعاملات أو أكثره ؛ حتى لا يكون الناس في ضيق ، فأكثرهم يقرر بعض أو كل الأصول التالية :

١ - أصل المصالح المرسلة ، فإنها تثبت أن كل ما فيه مصلحة غير محرمة يجيزه الشارع .

٢ - وأصل الاستحسان .

٣ - وقاعدة أن ما يجري به العرف يقره الشارع ما لم يكن مصادمًا لنص .

« هذه الأصول لو أخذنا بها أو ببعضها وطبقناها في العقود ، لوجدنا الأكثرين من الفقهاء قد فتحوا الباب ولم يضيقوا واسعًا على الناس ، وهم يتقاربون بهذا ممن يقولون أن الأصل في

---

(٤) ابن تيمية (٣٢٣/٣) .

العقود الإباحة حتى يقوم الدليل ، وبذلك تخف حدة الخلاف ويهون الفرق .. » .

« فالعرف أصل ثابت عندهم ، فلقد صرح في المبسوط بأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص ، وجاء في شرح الأشباه للبيري أن الأمر الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ؛ لأن العرف يعتبر من الدلالات الشرعية اعتمادًا على الأثر « ما رآى المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن » [١] ، وقد يذكر الفقهاء قوة العرف لا في إثبات الأحكام الشرعية فيما لا دليل له سواه ، بل يذكرونه في مقام معارضته لغيره من الأدلة الشرعية وعدم معارضته ، فيذكرون أن العرف لا يعارض النص ، بل يسقط العرف بجواز النص ، ولكن العرف يعتبر إذا كان الدليل الذي يعارضه قياسًا [٢] ، ويذكرون في هذا المقام أن العرف عام وخاص ، وأن العرف العام هو الذي يثبت في سائر البلاد ، والعرف الخاص يثبت في بعضها دون بعض ، وكلاهما له أثر في الأحكام على حسب قوته ، فالعرف العام لكل البلاد تثبت أحكامه لكلها ، والخاص ببلدة واحدة يثبت حكمه على تلك البلدة فقط ، ولكن العرف الذي يصح أن يكون معرضًا لأدلة الفقه الأخرى هو العرف العام فقط ، أما العرف الخاص فهو لا يؤخذ به إلا فيما إذا لم يكن في موضوعه أي دليل فقهي سواه ، ولقد أثبتوا بناء على أن العرف دليل شرعي وأن ما يثبته العرف يقره الشرع - ما لم يكن نص يخالفه - صحة عقد الاستصناع ؛ لأن التعامل جرى به بين الناس ، كما أثبتوا صحة كل شرط ليس من مقتضى العقد ، ولم يرد به أثر ، وفيه منفعة لأحد العاقدين ، وجرى به عرف ، وجعلوا سبب الحكم بصحته جريان العرف .

ولم يكتف الحنفية بجعل العرف له ذلك الأثر ، بل جعلوا أحكام مذهب أبي حنيفة وأصحابه قابلة للتجديد بجعل العرف ذا أثر في تغييرها ، بمعنى أنه إذا ثبت أن الحكم - في مذهب أبي حنيفة بمقتضى المروي الصحيح في كتبه - مخالف للعرف العام ، ولم يكن معتمدًا على نص صريح ، صح للمفتي على مذهب الحنفية أن يخالف المنصوص عليه في المذهب ولا يعتبر خارجًا في فتياه عن نطاق ذلك المذهب الجليل ، فترى ابن عابدين يقول فيما إذا خالف العرف ما جاء في ظاهر الرواية : « اعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص وهي الفصل الأول ، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأي

---

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده موقوفًا على ابن مسعود ﷺ ، رقم (٣٦٠٠) .
(٢) رسائل ابن عابدين - (١١٥/٢) .

وكثير منها يبينه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولًا .

« ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد أنه لا بد من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو فساد أهل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان أولًا لزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام ، ولهذا نرى مشايخ المذاهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة ؛ بناها على ما كان في زمنه ؛ لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقالوا ما قالوا أخذًا من قواعد مذهبه ، فمن ذلك إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه ؛ لانقطاع عطايا المعلمين التي كانت في الصدر الأول ، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة لضاعوا وضاع عيالهم ، ولو اشتغلوا بالكتاب في حرفة وصناعة لضاع القرآن والدين ، فأفتوا بأخذ الأجرة عليه وكذا على الإقامة والأذان ، ومع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، ومحمد من عدم جواز هذا الاستئجار وأخذ الأجرة عليه ، ويقول فيما يجب على المفتي الإفتاء : « فهذا كله وأمثاله دلائل واضحة على أن المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله ، وإلا يضيع حقوقًا ويكون ضرره أعظم من نفعه » (١) .

ومن هذا كله يستفاد أن العرف دليل شرعي عند الحنفية يثبت أحكامها في كل موضع خلا من دليل غيره على حكم فيه ، بل إنه يعارض القياس ، ويعتبر دونه إذا كان عامًّا ، وعلى ذلك نقول : إن كل العقود التي يقرها عرفنا الحاضر كشركات المساهمة وغيرها مما أوجده التعامل في العصر الحاضر هي عقود شرعية يقرها فقه أبي حنيفة ما دامت لم تخالف نصًّا في الشرع ، ويكون هذا من تقرير حرية التعاقد وإسالها غير مقيدة إلا بالعرف .

« الاستحسان ... أنكره الشافعي ومن نحا نحوه في الأصول والفروع ، وقال من استحسن فقد شرَّع ، يقصد بذلك أن من أفتى باستحسانه فقد جعل نفسه شارعًا لا مجتهدًا ، والشارع في نظر الشريعة هو الله وحده ، ولكن أخذ بالاستحسان أبو حنيفة وأصحابه ومالك حتى أنه يروى عنه أنه قال : تسعة أعشار العلم الاستحسان ، وقد

---

(١) رسائل ابن عابدين - (٢/١٢٥ ، ١٢٦) .

اختلفت عبارات الفقهاء في بيان حقيقة الاستحسان الشرعية ، فقال بعضهم أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله من غير أن يوجد نص يعارضه أو يثبته ، بل يرجع فيه إلى الأصل العام وهو جريان المصالح التي يقرها الشرع ، وقال بعضهم : إن الاستحسان هو الدليل الذي ينقدح في نفس المجتهد ، ولا يقدر على إبرازه وإظهاره ، ولا يكون في موضوعه دليل نافٍ أو مثبت ، وأحسن تعريف للاستحسان عند الحنفية مقالة أبي الحسن الكرخي ، وهو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى غيره لدليل أقوى يقتضي العدول عن الدليل الأول المثبت لحكم هذه النظائر ، فيدخل في عموم هذا التعريف ما يقوله بعض الفقهاء من أن الاستحسان هو القياس الخفي .. من هذا يتضح معنى الاستحسان الذي يعده الحنفية والمالكية أصلًا من أصول الفقه الإسلامي ، وأنا لو طبقناه سرنا وسير الأقدمين فيه وفتحنا أبوابه في العقود لوسع كل ما تقضيه المعاملات من العقود التي لم يرد نص صريح قاطع بتحريمها كالعقود الربوية ، فما لم يكن العقد ربًا صريحًا فالاستحسان متسع له ؛ لأن الاستحسان أصل يؤخذ به عن عدم معارضة النص القاطع ، فما لم يوجد نص وكان في اطراد القياس تفويت لمقصد من مقاصد الشرع العامة ، فالاستحسان يوجب مخالفة القياس إلى ما يحقق مقصد الشارع ورفع الحرج ، ولا شك في أن اطراد القياس بمنع عقود جرى تعامل الناس بها وإن لم ترد في الفقه الإسلامي يسبب حرجًا شديدًا وتضييقًا على الناس في أمر لهم فيه متسع ..

الأصل الثالث الذي يوسع باب شرعية العقود ووجوب احترامها وهو المصالح المرسلة ، ويسمى في عرف الأصوليين الاستصلاح وهو صنو الاستحسان وقريب منه في مرماه ، وإن كان هو أوسع شمولًا ، معناه الأخذ بكل أمر فيه مصلحة يتلقاها العقل بالقبول ، ولا يشهد أصل خالص من الشريعة بإلغائها أو اعتبارها ، وأن الأخذ بذلك الأصل واعتباره أصلًا من أصول الفقه الإسلامي موضع خلاف بين الفقهاء ، والآخذون به أقل عددًا من الآخذين بالاستحسان والعرف ، فلم يأخذ به سوى مالك من الأئمة الأربعة ، وحمل عليه إمام الحرمين والغزالي حملة شديدة ، وملخص الاحتياج لرفضه ينتهي إلى ثلاثة أمور ، **أحدها** : أن الأخذ بمبدأ المصالح ولو لم يشهد لها دليل خاص من الشارع يفتح باب الهوى والشهوة ، فيكون كل ما يشتهيه الشخص ويرغب مصلحة ينبى عليها حكم شرعي بالإباحة والإقرار ، وذلك يؤدي إلى المفاسد والبوار ، **وثانيها** :

أن المصالح المرسلة تختلف باختلاف البلدان وباختلاف الأشخاص ... فإذا جعلنا كل مصلحة تقتضي حكمًا يناسبها فقد تتناقض أحكام الشيء الواحد ... فيكون مرة حلالًا ومرة حرامًا ، **وثالثها** : أن المصلحة التي تناط بها أحكام الشريعة هي المصلحة التي تكون فيها المحافظة على مقصود الشارع ، ومقصوده أن يحفظ على الخلق دينهم وأنفسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة ... أما الحكم بمقتضى المصالح المرسلة المطلقة فهو تخييل وقد يكون هوى فلا عبرة به ، وقد أجاب الذين أخذوا بالمصالح المرسلة ، فالمصلحة المرسلة هي التي تكون ملائمة في الجملة لأغراض الشارع وإن شهد لها أصل خاص ، وبذلك يبتعد الهوى والتشهي عن الشرع ، والذي يفتي بالأخذ بالمصلحة المرسلة هو المجتهد ، وفي ذلك حصانة من غلبة الشهوة والهوى ، واختلاف الأحكام باختلاف الأشخاص لا يعيب الشريعة ، بل يدل على مرونتها .

والأخذ بذلك الأصل فتح لباب التعاقد واحترامه إذا تحققت فيه مصلحة مهما تكن ، ما دامت متلائمة مع أغراض الشارع أو غير منافية لمرماه .

هذه الأصول الثلاثة لو أخذنا بها كلها أو أخذنا ببعضها ، بل لو أخذنا بأحدها وهو العرف لكان وحده كافيًا لفتح باب التعاقد على مصراعيه وإطلاق الحرية للمتعاقدين ، وما ساغ لأحد أن يحكم بأن الفقهاء قد ضيقوا حرية التعاقد وغلقوا أبوابها ، فإن أحكام الفقهاء يجب أن تفهم على مقتضى أصولهم جميعًا باعتبارها وحدة متماسكة الأجزاء يتمم بعضها بعضًا ، ويتكون منها بنيان متناسق الأركان ثابت الدعائم ، ولا يصح أن يؤخذ أصل من غير نظر إلى غيره فقد يكون فيه شدة يلطفها غيره من الأصول ، وقد يكون رخوًا فيحتاج إلى أصل صلب يطوى عليه ليكون فيه نفع العباد ودفع الفساد .

وعملية الاعتماد المستندي باعتبارها تبدأ بعقد بين البنك والعميل تخضع للقواعد العامة في العقود من حيث التراضي وصحته وتوافر سبب صحيح ومشروع للالتزام ، ومن حيث مشروعية المحل ووجوده وإمكانه ، غير أننا نجد هنا حاجة ماسة إلى معالجة نقطة معينة متعلقة بمحل العقد ، وهي كون البيوع الدولية والاعتمادات المستندية تتعلق ببضائع غير موجودة أحيانًا ويتعاقد على صنعها أو إيجادها ، فهل التعامل في هذه الأشياء المستقبلة صحيح أم باطل من الوجهة الشرعية ؟

القاعدة الأصلية فيما يتعلق بالمحل أنه يجب أن يكون موجودًا عند إبرام العقد ، وإلا كان العقد باطلًا حتى ولو ثبت أن المحل متيقن من وجوده مستقبلًا ، فالتعاقد على الأشياء المستقبلة غير جائز في الفقه الإسلامي لما فيه من الغرر .

ولتحديد تأثير الغرر في العقد يجب التفرقة بين خمس صور :

١ - أن يوجد الشيء عند التعاقد كاملًا : وفي هذه الصورة لا يوجد غرر والعقد صحيح ما لم يبطل لسبب آخر ، والفقه الإسلامي والغربي في هذا الحكم سواء .

٢ - ألا يوجد الشيء عند العقد ويتحقق أنه لن يوجد كذلك مستقبلًا ، وهنا يوجد الغرر ، والعقد لذلك باطل ، ويتفق الفقه الإسلامي مع الغربي في هذا الحكم .

٣ - أن يوجد الشيء في أصله عند العقد ، ثم يكتمل وجوده بعد انعقاد العقد : ويتحقق هذا في الزرع والثمر عند بدء ظهوره ، ولكن نموه يكتمل بعد وقت معلوم ، أو عندما يوجد الزرع بعضه بعد بعض ، القاعدة هنا أن بيع الزرع والثمر بعد الاطلاع وقبل الاكتمال ، أي : قبل بدو صلاحه جائز إذا كان منتفعًا به وبشرط القطع ، أي شرط أن يقوم المشتري بقطعه فلا يبقى في الأرض حتى يكتمل نموه ، ولا يجوز أن يشتري بشرط أن يبقى الزرع في الأرض حتى يبدو صلاحه ؛ إذ يكون البيع فاسدًا إلا إذا كان قد تناهى عظمه ، فيجوز اشتراط أن يبقى في الأرض إلى بدو صلاحه ، ويستثني الحنفية من ذلك بعض التفسيرات في التعامل ، وهي أنه يجوز أن يبقى الزرع بإذن البائع إلى بدو صلاحه .

أما الزرع الذي يظهر بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فهو في مذهب مالك جائز بيعه سواء ما ظهر وما لم يظهر ، أما عامة العلماء فيرون أن لا يجوز بيع ما لم يظهر منه ، ويجوز فقط بيع ما ظهر ، ورَأْي المالكية عمدتُه أنهم يعتبرون أن البيع - ولو أن فيه شيئًا من الغرر - إلا أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، كما أنه يجوز إذا كان يسيرًا .

٤ - أن يتحقق وجود الشيء في المستقبل : والفرض في الحالة أن الشيء غير موجود عند التعاقد ، ولكن من المؤكد أنه سيوجد في المستقبل ، ويلاحظ بعض الفقهاء على هذه الحالة أن عدم جواز بيع المعدوم أصلًا يرجع إلى فكرة الغرر ، ولكن هذا الأصل قد اختفى في عصور التقليد ، وأصبح انعدام الشيء في ذاته هو سبب البطلان ولو لم يكن ثمة غرر ، وهذا الحل يضيق لحاجات التعامل ؛ ولذلك وردت استثناءات هي السلم

والاستصناع والإجارة ؛ فالإجارة مثلًا بيعُ منافعَ مستقبلة أبيحت من قبيل الاستحسان ، على أن هذه الحالة - حالة الشيء المحقق ووجوده مستقبلًا - لا يقع فيها الغرر إذا كان المشتري سيدفع من الثمن بمقدار ما يأخذ من المبيع الذي سيوجد ؛ ولذلك يكون هذا البيع جائزًا ، أما إذا كان يشتري جزافًا فإن الغرر يصيبه ويبطل البيع .

٥ - الشيء الغير محقق الوجود مستقبلًا : إذا كان الشيء غير محقق الوجود مستقبلًا سواء كان أصله موجودًا وقت التعاقد أو غير موجود ، فإن العقد يكون باطلًا لتغلغل الغرر الفاحش فيه كالمقامرة ، ومن ذلك بيع اللبن في الضرع وبيع حمل الدابة في بطنها ، ولهذا السبب يبطل التعامل في التركة المستقبلة (١) .

وبالنظر في تطبيق هذه الأحكام يمكن استنباط الأصول التالية التي تقوم عليها فكرة الغرر .

أولًا : إن الغرر يتحقق حيث لا يعرف المتعاقد ما إذا كان سيأخذ شيئًا أم لا يأخذ ، وفي حالة ما إذا كان يعلم أنه سيحصل على شيء من المحل ، ولكن لا يعرف مقداره ، أما إذا كان المتعاقد لا يدفع إلا بمقدار ما يأخذ ، فإن الغرر ينتفي في هذه الحالة وتصبح المعاملة منضبطة لا غرر فيها .

ثانيًا : إن القواعد التي أفتى بها فقهاؤنا القدامى كانت تنظم البيئة المحلية التي عاشوا فيها ، فالمجتهد يفتي في علاقة متبايعين أحدهما قد لا يستطيع أن يوجد المحل أو قد لا يعلم كم سيوجد منه ، ومن هنا جاءت هذه الفتاوى دقيقة في تنظيم هذه العلاقات ، ولكن عندما يتعلق الأمر بمعاملة دولية لبيع القمح مثلًا ، فإنني عندما أشتري لا أسأل البائع إن كان القمح موجودًا لديه أم لا ، ولا أسأله كم سيكون محصوله ؟ وما الحكم إذا نقص ؟ فمثل هذه الأسئلة لا محل لها ؛ لأن البائع مسؤول أن يوجد لي الكمية المطلوبة سواء كانت من إنتاجه أو من إنتاج غيره ، سواء اشتراها من بلده أو من بلد آخر ، المهم أنني لا أدفع إلا إذا وصلتني مستندات تفيد شحن الكمية المطلوبة وعلى أساس السعر المتفق عليه لكل وحدة ، ومن هنا ينتفي كل غرر .

يبقى الغرر في موضوع وثيقة التأمين على البضائع ، والذي يفتي بعض علماء هذا العصر بحرمته .

---

(١) السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي : (٣/١٤ - ٥٤) .

والواقع أن التأمين البحري ليس فيه حرمة ؛ لأن المؤمن يقوم بتنظيم التعاون بين أشخاص يتعرضون لمخاطر متشابهة بحيث يأخذ قسطًا أو أقساطًا من كل منهم مقابل تعويضه عما يصيبه من خسارة ، ولأن يؤمن لعدد كبير من الشاحنين فإنه يوزع المخاطر على قاعدة عريضة من عملائه ، وبذلك يعتبر من بخست بضائعهم قد ساهموا في عمل مشروع هو مواساة وإغاثة من هلكت بضائعه ، ولا يتعرض المؤمن لغرر ؛ لأن عملياته محسوبة بحسابات أكتوراية يحقق بواسطتها ربحًا ، ولا يتعرض لخسارة عندما يعوض عملاءه المصابين ، فالعبرة بمجموع عملياته وليس بكل عقد على حدة [١] .

أما من حيث التكييف الشرعي لعملية الاعتماد المستندي ، فإننا نرى أن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير معروفة في الفقه الإسلامي ، وتصلح أساسًا للتكييف المطلوب من الوجهة الشرعية ، كذلك فكرة التجريد يعرفها الفقه الإسلامي ويقرها ؛ ولذلك لا نجد مشكلة في التعرف على التكييف الشرعي للاعتماد المستندي .

والاشتراك لمصلحة الغير في التصور الإسلامي يوجد فيه مشترط ومتعهد ومنتفع ، بمعنى أن المشترط يبرم عقدًا مع المتعهد على أن يقوم بأداء معين نحو شخص ثالث هو المنتفع ، وفي التصور الإسلامي يمكن أن يكون الأداء الذي يعود على المنتفع شيئًا ماديًا ، وفي هذا نجد للمنظور الإسلامي أبعادًا ليست للفقه الغربي ، ويمكننا أن نعطي صورة قرآنية للاشتراط لمصلحة الغير من قصة سيدنا يوسف عليه السلام ، ذلك أن القَصَصَ القرآني ليس قَصَصًا يروى للمتعة النفسية أو الذهنية فقط ، وليس لمجرد الحقيقة التاريخية التي يستكمل بها السجل التاريخي فحسب ، بل إن وراء القصص القرآني معينًا ضخمًا لا ينضب للأحكام الشرعية حتى إن كان من قصص السابقين ، ذلك أن القرآن حين يروي هذا القصص يوجهنا إلى الاستفادة منه في مثل قوله تعالى : ﴿ لَقَدْ كَانَ فِي قَصَصِهِمْ عِبْرَةٌ لِّأُولِي الْأَلْبَابِ مَا كَانَ حَدِيثًا يُفْتَرَىٰ وَلَٰكِن تَصْدِيقَ الَّذِي بَيْنَ يَدَيْهِ وَتَفْصِيلَ كُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً لِّقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ ﴾ [يوسف : ١١١] ، وانظر إلى الدقة والشمول في قوله تعالى : ﴿ وَتَفْصِيلَ كُلِّ شَيْءٍ ﴾ ؛ لذلك يمكن أن نقول : كل

---

(١) يرى مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في قراره الخامس بدورته الأولى حرمة التأمين بجميع أنواعه سواء كان على النفس ، أو البضائع التجارية أو غير ذلك من الأموال ، وإجازة التأمين التعاوني فقط القائم على التكافل .

ما أعياك البحث عنه من الأحكام الشرعية فعليك باستنباطه من القصص القرآني ، والاشتراط لمصلحة الغير يمكننا أيضًا أن نلتمسه من القصص القرآني في قوله تعالى : ﴿ وَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَازِهِمْ قَالَ ٱئْتُونِي بِأَخٍ لَّكُم مِّنْ أَبِيكُمْ أَلَا تَرَوْنَ أَنِّيٓ أُوفِي ٱلْكَيْلَ وَأَنَا۠ خَيْرُ ٱلْمُنزِلِينَ ﴿٥٩﴾ فَإِن لَّمْ تَأْتُونِي بِهِۦ فَلَا كَيْلَ لَكُمْ عِندِي وَلَا تَقْرَبُونِ ﴿٦٠﴾ قَالُواْ سَنُرَٰوِدُ عَنْهُ أَبَاهُ وَإِنَّا لَفَٰعِلُونَ ﴾ [يوسف : ٥٩ - ٦١] .

ومن هذه الآيات نرى صفقة يبرمها أخوة يوسف ، وقد أدوا المقابل وهم ينتظرون منه أن يأمر بصرف البضاعة التي اشتروا ، ومن المعلوم أنهم لا يعرفون أنه أخوهم يوسف وقد عرفهم ، وأراد أن ينبههم إلى فعلتهم حين ألقوه في الجب ، ولكن بالأسلوب الذي اختاره ، فعلق الصفقة التي اشتروها على اشتراط لمصلحة الغير هو أن يتيحوا لأخيه الشقيق فرصة أن يراه ويتعرف به تمهيدًا لجلب أسرة يعقوب عليه السلام إلى مصر ، فقال لهم : لا كيل لكم عندي إلا إذا جئتم لي بأخ لكم من أبيكم ، وبذلك أصبح يوسف مشترطًا ، وأخوته متعهدون ، والمنتفع هو شقيق يوسف ، الذي لا يلقى من معاملتهم إياه أفضل مما لقيه يوسف ، فإذا أحضروه له فقد أدوا - بالإضافة إلى ثمن الصفقة - التزامهم ، واستحقوا أن يكال لهم ما منعهم إياه من قبل حتى يفوا بهذا التعهد ، وإذا لم يحضروه فلا كيل لهم عنده ، غير أن يوسف بعد أن أبدى لهم ذلك لم يستمر في خطته هذه ، بل أمر فتيانه أن يضعوا لهم البضاعة في رحالهم ، ولكن الأخوة لم يتعهدوا بإحضاره صراحة وبصفة نهائية ؛ لأنهم لاحظوا أن لأبيهم الرأي الأخير فقالوا : ﴿ سَنُرَٰوِدُ عَنْهُ أَبَاهُ وَإِنَّا لَفَٰعِلُونَ ﴾ ، وبذلك حوروا التعهد في الاشتراط لمصلحة الغير إلى التعهد في صورة قريبة منه وهي التعهد عن الغير ، فهم يتعهدون بإقناع أبيهم أن ينفذ هذا التعهد الذي يعتبر في نفس الوقت تنفيذًا لما تعهدوا به أمام يوسف ، ولما حاولوا إقناع أبيهم طلب منهم « كفالة الحضور » ، فقال : ﴿ لَنْ أُرْسِلَهُۥ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ ﴾ [يوسف : ٦٦] ، فهذه كفالة منهم أن يحضروه ثانية إلى والده إلا إذا حالت قوة قاهرة بينهم وبين تنفيذ هذا الالتزام ، ورغم أن أخوة يوسف وجدوا البضاعة في رحالهم عندما فتحوها بعد وصولهم ، فإنهم استمروا في إغراء والدهم بإرسال أخيهم معهم لاعتبارات كثيرة منها أنهم يخشون أن يعودوا في المرة التالية بلا كيل إذا لم يحضروا أخاهم ، ومن ناحية أخرى ليزدادوا كيل بعير ، فقصة

يوسف – وغيرها من قصص القرآن – مليئة بالأشكال القانونية التي يجري عليها التعامل الحديث ، وما علينا إلا أن نتأمل فيها لنستخلص منها ما يهدينا في معاملاتنا ، فالاشتراط لمصلحة الغير هنا جمع الأطراف الثلاثة وكانت للمشترط – وهو سيدنا يوسف – مصلحة في هذا الاشتراط ، وهذه المصلحة كانت أدبية ، وهي أن يشبع شوقه إلى رؤية شقيقه وينقذه من شظف العيش ﴿ مَسَّنَا وَأَهْلَنَا ٱلضُّرُّ ﴾ [يوسف : ٨٨] وسوء المعاملة ، ولا مانع أن تكون المصلحة في الاشتراط مصلحة مادية ، والمنتفع هو شقيقه تتاح له من خلال هذا الاشتراط معرفة أن أخاه لازال حيًا لم يمت ، وتتاح له فرصة لرؤية شقيقه والعيش معه حياة أفضل بكثير ، بل إن في قدوم الشقيق ما يشبه الاشتراط في الاعتماد المستندي ، ذلك أنه مستند من قبل والده يحمل غلبه وصفًا لحالته النفسية والصحية بعد فقده يوسف ، ورغم أن أهداف يوسف كما تبدو القصة أسمى كثيرًا من صور الاشتراط لمصلحة الغير ، والتعهد عن الغير ، وكفالة الحضور هي صور جائزة يمكن استخدامها في التعامل وتعتبر صورًا شرعية .

أما فكرة التجريد فهي معروفة في الفقه الإسلامي ومستخدمة في بعض العقود مثل الكفالة ، حيث لا يجوز للكفيل أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي يتمسك بها المدين المكفول ، وهذا التزام مجرد بمعنى الكلمة .

فإذا قرنا الاشتراط لمصلحة الغير بالتجريد ، واعتبرنا التزام المصرف في الاعتماد المستندي اشتراطًا مجردًا لمصلحة الغير كان كافيًا لاستيعاب آثار الاعتماد المستندي من الناحية الشرعية ، وجعل التزام المصرف فيه غير قابل للنقض وغير مرتبط بعقد البيع الأصلي بين المستورد والمصدر الأجنبي أو العكس ، فلا يتأثر الاعتماد بما يكون في العلاقات الأصلية بين الأطراف من الدفوع التي ذكرناها في المطلب السابق .

ورغم أننا نرتاح إلى فكرة اشتراط المجرد لمصلحة الغير باعتبارها التكييف القانوني والشرعي الأمثل للاعتماد المستندي باعتبارها تشمل جميع مراحل العلاقات التي يمر بها الاعتماد المستندي من بدايته إلى نهايته ، إلا أن ذلك لا يمنعنا من أن نعرض تصورًا للآخرين بشأن الاعتماد المستندي .

فهناك من يقول بأن الاعتماد المستندي هو حوالة : أي أن العميل محيل والمستفيد محال ، ويقال له أيضًا محتال والبنك محال عليه لأداء قيمة الاعتماد ، والعميل يقول

فيد : أحلتك بالثمن على فلان (المحال عليه) ، ويترتب على هذه الحوالة أن تبرأ ذمة المحيل من الثمن ، ويصبح المحال عليه ملتزمًا به ، ولا يلزم رضا المحال إلا في حالتين : أولهما : أن يكون مدينًا للمحيل ، والثانية : أن تكون هناك عداوة بين المحال عليه والمحال ، ويجب في الحوالة ثبوت دين لازم ، وإذا لم يكن المحيل مدينًا للمحال فهي وكالة ، أما إذا لم يكن المحال عليه مدينًا للمحيل فهي حمالة (١) .

وإذا حاولنا تطبيق أحكام الحوالة على الاعتماد المستندي فإننا لا نجدها تنطبق عليها للأسباب التالية :

أولًا : أن الحوالة تفترض مديونيتين : مديونية المحيل ، ومديونية المحال عليه تجاه المحيل ، وهذا لا يحدث كثيرًا في الاعتماد المستندي ؛ إذ عادة ما يمنح البنك العميل ائتمانًا يدفع منه قيمة الاعتماد المستندي ، وكل ما يحدث هو أن يودع العميل لدى البنك المبلغ الذي سيدفع إلى المستفيد ؛ لذلك فإن صورة الاعتماد المستندي الغالب أن يكون حمالة لا حوالة .

ثانيًا : أن الحوالة تبرئ ذمة المحيل قبل المحال ، ويحل محله المدين الجديد وهو المحال عليه ، وهذا لا يحدث في الاعتماد المستندي ؛ إذ يظل العميل المشتري مدينًا للمستفيد من الاعتماد وهو البائع ، وذلك بموجب عقد البيع الأصلي المبرم بينهما ، وينشأ حق جديد للمستفيد من الاعتماد المستندي فيكون لهذا المستفيد أن يرجع على البنك بموجب الاعتماد المستندي وعلى المشتري بموجب عقد البيع ، ولا توجد حوالة بالمعنى الصحيح .

ثالثًا : أن الحوالة لا يشترط فيها رضا المحال عليه ، وإنما يكفي لانعقادها رضا المحيل والمحال خاصة عندما يكون المحال عليه مدينًا لمحيل ، والواقع أن مديونية البنك للعميل لا تكفي لإيجاد صورة الاعتماد المستندي ؛ إذ يمكن أن يجري العميل حوالة لصالح البائع ، ولكن هذه ليست اعتمادًا مستنديًا ، أما الاعتماد المستندي فهو وثيقة تصدر من البنك لصالح البائع يتعهد فيها بأن يدفع إذا قدمت إليه مستندات معينة ، وهذا أمر مختلف عن الحوالة .

---

(١) علي بن عبد السلام التسلولي ، البهجة في شروح التحفة ، (٢/٥٥ - ٥٨) ، طبع دار الفكر ، بيروت .

كذلك يذهب رأي آخر إلى أن الاعتماد المستندي وكالة عن العميل يقوم البنك فيها بدور الوكيل ، حيث يتلقى المستندات ويفحصها ويدفع قيمتها للبائع ، ثم يسلم المستندات للعميل ، وهو يحصل على قيمة الاعتماد مقدمًا (١) .

والوكالة هنا نجدها أيضًا مختلفة عن حقيقة الاعتماد المستندي ، للأسباب التالية :

أولًا : أن الوكيل يلتزم بأن يمثل الموكل في العمل المطلوب منه ، أما البنك في الاعتماد المستندي فإنه ملتزم بدفع مبلغ معين ، والتزامه مستقل عن التزامات الموكل قبل الغير .

ثانيًا : أن الاعتماد المستندي لو كان وكالة لكان للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع التي كان العميل يستطيع أن يتمسك بها قبله .

ثالثًا : أن الموكل يملك عزل الوكيل ، ولو عزل العميل في الاعتماد المستندي لما أنتج العزل أي أثر تجاه المستفيد ؛ إذ يظل البنك ملتزمًا قبله بأداء قيمة الاعتماد متى تقدم بالمستندات خلال مدة سريان الاعتماد .

* * *

---

(١) الدكتور محمد الشحات الجندي : عقد المرابحة بين الفقه الإسلامي والتعامل المصرفي - القاهرة (١٩٨٦م) - دار النهضة ، د. عبد الحميد البعلي : فقه المرابحة ، اتحاد البنوك الإسلامية .

الفَصْلُ الثَّانِي : تطبيقات الاعتمادات المستندية المعمول بها في البنوك الإسلامية

تستخدم البنوك الإسلامية في مجال الاعتمادات المستندية صورًا يعرفها الفقه الإسلامي ، من بينها : المرابحة والمضاربة والمشاركة .

وهذه الصور كانت معروفة وأقرها الإسلام ، ولكنها ليست هي الصور الوحيدة التي يمكن الوقوف عندها ، وإلا أصبحت شريعة الإسلام قاصرة عن أن تفي بحاجات العصور الباقية من حياة البشرية على الأرض ؛ لذلك يهمنا ونحن ندرس الصور المشار إليها أن نعرف ما إذا كان هناك مجال للتنوع في عمليات الاعتمادات المستندية .

ونظرًا لأن المرابحة والمشاركة والمضاربة داخل في مجالات داخل أبحاث أخرى متخصصة ، فلا حاجة بنا إلى الإطالة في شرحها ، إنما نتعرض لها بتوضيح يسير مع أخذ الأحكام التي تهمنا منها في الاعتبار .

لذلك نقسم دراستنا في هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : المرابحة .

المبحث الثاني : المضاربة .

المبحث الثالث : المشاركة .

* * *

المَبْحَثُ الأَوَّلُ

المرابحة

يعرف الفقه الإسلامي في مجال البيوع ثلاثة أنواع هي : المرابحة ، والوضعية ، والتولية .

والمرابحة والوضعية صورتان متقابلتان لكيفية تحديد الثمن في عقد البيع : في المرابحة يعرض البائع السلعة بثمنها الذي وقفت عليه به ويطلب ربحًا فوقه ، فيسمى ذلك مرابحة ، وفي الوضعية يعرض السلعة بثمنها الأساسي كذلك ، وينزل عن جزء منه أي أنه بخسارة فيسمى ذلك وضعية ، ووجه التقابل هو الربح في الأولى والخسارة في التالية .

أما التولية ، فيعرض فيها البائع السلعة بثمنها الأصلي دون زيادة ولا نقصان ، أي أنه لا يريد ربحًا ولا خسارة .

والمرابحة تعرف فقهًا بتعريفات مختلفة قد يكون أشملها معنى أنها : « بيع ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الذي قامت به السلعة وزيادة ربح معلوم يتفقان عليه » [١] .

ويشترط في عمليات المرابحة ثلاثة شروط هي :

أولًا : تملك البائع للسلعة وحيازته لها ، بحيث تكون تبعة هلاكها عليه ، وإذا لم يتوافر هذا الشرط كان البيع بالمرابحة باطلًا ، ولكن يجوز إبرام عقد جديد بعد التملك والحيازة ؛ وذلك لقول النبي ﷺ لحكيم بن حزام : « **لا تبع ما ليس عندك** » [٢] .

ثانيًا : بيان الثمن الذي قامت به السلعة : وليس المقصود بذلك ثمن الشراء فقط ، مثل شراء قماش ودفع أجرة الحائك لتفصيله ثوبًا ، ولا تأثير لما يحدث بعد الشراء من انخفاض أو ارتفاع الثمن ، وفي بيان ما يلحق بالثمن الأصلي خلاف بين المذاهب

---

(١) د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد : البديل الإسلامي للفوائد المصرفية الربوية ، دار النهضة العربية ، (١٩٩٠م) ، (ص ٢٢١) ، د. عبد الحميد البعلي : فقه المرابحة ، اتحاد البنوك الإسلامية .

(٢) رواه أحمد في مسنده برقم (١٥٣٤٦) ، وأبو داود في سننه برقم (٣٥٠٢) .

لا محل لتفصيله [١] .

وإذا تخلف هذا الشرط لم ينعقد البيع ، أما إذا بيَّن البائع مرابحة الثمن الذي قامت به السلعة ، ولكن خان في ذلك فزاد في الثمن أو ضم إليه ما لا يجوز ضمه وقامت البينة على ذلك ، فإن المشتري يخير بين أخذ السلعة أو تركها واسترداد ما دفعه ، وفي بعض الآراء يجوز أن ينقص البائع هذه الزيادة وتمضي الصفقة ويسقط الخيار ، وإذا خان البائع في صفة الثمن كأن اشترى إلى أجل ولم يبين ذلك ، أو اشترى ممن لا تقبل شهادته كان ذلك تدليسًا من البائع مرابحة ويثبت للمشتري الخيار ؛ لأن الأجل يأخذ جزءًا من الثمن ، فيكون للمشتري فسخ العقد ورد البيع ، كما أن له أن يجيزه ، وفي رأي بعض الفقهاء يجوز أن ينقص البائع من الثمن ما يقابل الأجل ويبقى بيع المرابحة قائمًا .

ثالثًا : بيان الربح المضاف على الثمن الذي قامت به السلعة ، وفي هذا يختلف بيع المرابحة ، وهو من بيوع الأمانة والاسترسال عن بيوع المزايدة وبيوع المساومة .

وإذا تخلف هذا الشرط بطل العقد ؛ لأن الربح جزء من الثمن الذي بدونه يبطل العقد .

وفي إطار فكرة المرابحة تتم بعض عمليات الاستيراد والتصدير ، وذلك بأن يتقدم مستورد محلي إلى أحد المصارف الإسلامية طالبًا منه أن يستورد له بضاعة معينة من بلد معين ، وغالبًا ما يكون متفقًا مع التاجر الذي سيشتري منه ، ولكن عملية الشراء تتم بواسطة البنك الإسلامي لا بواسطة المستورد المحلي ، وبذلك تكون علاقات الأطراف هي : عقد وعد بالشراء من العميل إلى المصرف الإسلامي ، يعقبه عقد شراء بين المصرف والمصدر الأجنبي ، وعند وصول البضاعة واستلام المصرف مستنداتها ودفع قيمتها يتم بيع من المصرف إلى العميل هو بيع المرابحة .

وعقد الوعد بالشراء ينقسم الرأي في شأنه إلى رأيين : أحدهما يقول بأن الوعد هنا ملزم ؛ لأن ما كان ملزمًا ديانة يجوز طلب الإلزام به قضاء ، وتأخذ بعض البنوك الإسلامية بهذا الرأي ؛ لأنه يحقق لها مصلحة ويساعد على استقرار التعامل .

---

(١) انظر : د. عاشور عبد الجواد - البديل الإسلامي - (ص ٢٢٢ - ٢٢٥) .

وعند إبرام عقد بيع المرابحة انتهاء يخطر البنك العميل بالثمن الذي قامت عليه به البضاعة ، وبالربح الذي سيحصل عليه فوق هذا الثمن ، واحتمالات الخيانة من جانب البنك في هذه الحالات احتمالات ضئيلة إن لم تكن معدومة ؛ نظرًا لأن جميع هذه العقود تتم كتابة وبمستندات قلما يقع في مثلها التزوير ، ومع ذلك فإن وقعت زيادة في الثمن عن الحقيقة فالجزاء هو الخيار المقرر للعميل أو إنقاص الزيادة كما تقدم .

وإذا تأملنا صورة بيع المرابحة ، فإنا نلاحظ أن هذا النوع من التعامل كان منتشرًا في العصور السابقة ، وكان يشغل حيزًا مهمًا في الدراسات الفقهية ، وكانت لبيوع الأمانة والاسترسال أهمية كبيرة في المعاملات التجارية والمدنية ، ولكننا في هذا العصر إذا نظرنا إلى طرق التعامل بأنواعها سواء بالجملة أو التجزئة ، وسواء في الصفقات الكبيرة أو الصغيرة لا نلمس لبيع المرابحة وجودًا ظاهرًا ، وإذا استعرض الإنسان البيوع التي أجراها في حياته أو التي شاهدها بين الناس فإنه لا يكاد يذكر حالة عرض فيها البائع بيع سلعته مبينًا بكم اشتراها ، ومقدار الربح الذي يريده فيها ، فمثل هذا البيع لا يكاد يحصل في عصرنا الحاضر ، ولكن علينا أيضًا أن نواجه واقع الأمور الذي يجري بين الناس وهو استيراد السلعة باسم العميل ودخول البنك في هذه العملية كمجرد وسيط بوسيلة الاعتماد المستندي ، فالاعتماد المستندي يكفي وحده كأسلوب شرعي تتم به العملية بين الأطراف الثلاثة دون حاجة إلى الالتجاء إلى عقود المرابحة التي تبدو هنا وكأنها حيلة للخروج من استخدام الاعتماد المستندي أو نفور من شكل في التعامل لم تعرفه المؤلفات الفقهية القديمة ؛ لذلك فإننا نريد هنا أن نؤكد على شرعية أسلوب الاعتماد المستندي في ذاته باعتباره اشتراطًا لمصلحة الغير له نظير في الأحكام المستمدة من القرآن ، وليس فيه ما يدعو إلى النفور ولا ما يحمل على التحايل ، بل هو شكل شرعي كاف وحده لاستيعاب كل الآثار المترتبة على العلاقات ثلاثية الأطراف التي تظهر لنا في الاستيراد والتصدير .

ولا يمنع هذا من استخدام عقود المرابحة إذا وجد الأطراف حاجة بهم إلى ذلك ، ولكن على أن يأتي ذلك بصورة طبيعية وليس بإقحام فكرة المرابحة عندما لا توجد حاجة إليها .

* * *

المَبْحَثُ الثَّانِي

المضاربة

المضاربة أو القراض مأخوذ من القرض ، وهو ما يجازى عليه الرجل من خير أو شر ؛ لأن المتقارضين قصد كل منهما إلى منفعة الآخر ، فهو مقارضة (بوزن مفاعلة) من الجانبين ، وقيل : لأن القراض من القرض وهو القطع ؛ لأن رب المال قطع من ماله قطعة دفعها إلى العامل بجزء من الربح الحاصل بسعيه ، واستخدام اصطلاح المضاربة كان معروفًا في العراق ، وهو مأخوذ من الآية الكريمة : ﴿ وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾ [المزمل : ٢٠] (١) .

ويعرِّف بعض الفقهاء المضاربة بأنها : تمكين مال لمن يتجزر به لجزء من ربحه ، وتختلف المضاربة عن الشركة في أن الحصص في الشركة كلها مال ، أما في المضاربة فَحِصَّة مال وحصة من عمل .

وتكون المضاربة بعقد بين صاحب المال والمضارب يتقيدان بشروطه ، كما يتقيدان بالعادات الجارية في التعامل ، فالعادة أو العرف كالشرط يعمل بها فيما لم يتفق الأطراف على خلافه .

وللمضاربة تفريعات كثيرة لا يتسع هذا البحث لشرحها ؛ لذلك فإننا نكتفي بالكلام عن صلة المضاربة بالاعتماد المستندي .

تختلف صورة التعامل بالمضاربة عن المرابحة ، ففي المرابحة رأينا أن الشراء يتم لإعادة البيع مرابحة إلى عميل المصرف الإسلامي ، أما في المضاربة فإن العملية تكون لحساب البنك الإسلامي وعميله سويًا ، فالبنك يقدم المال الذي يشتري به السلعة ويجلبها ويسلمها إلى العميل ليقوم بتسويقها ، واقتسام ما ينتج من ربح مع المصرف بالنسبة المتفق عليها بينهما .

---

(١) التسلولي ، البهجة في شرح التحفة ، (٢١٦/٢) وما بعدها .

وتبدأ العلاقة في المضاربة بإبرام عقد يتضمن مساهمة مالية من المصرف الإسلامي ، ومساهمة بالعمل من جانب العميل الذي يكون شخصًا يتاجر في السلع موضوع المضاربة ، ويحدد أن ضمن شروط هذا العقد النسبة التي يحصل عليها كل منهما ، وعادة ما تكون هناك نسبة خاصة لعملية إدارة المشروع يأخذها المضارب ، فيكون هناك مثلًا (٢٥٪) من الربح مقابل إدارة المشروع والقيام بالعمل المطلوب ، الباقي وهو (٧٥٪) يوزع مناصفة بين البنك الإسلامي والعميل أو بأية نسبة أخرى يتفقان عليها .

وبعد إبرام عقد المضاربة يقوم المصرف الإسلامي بفتح اعتماد مستندي لصالح التاجر الأجنبي الذي يقوم بتصدير السلع ، ويتم استيرادها ودفع قيمة الاعتماد للمصدر ، وتسلم البضاعة بموجب عقد المضاربة إلى المضارب وهو عميل البنك .

ويمكن أن يتم ذلك في صفقة وحيدة أو في سلسلة من الصفقات يفتح لها اعتماد مستندي دائري مجمع أو غير مجمع .

واستخدام فكرة المضاربة في عمليات الاعتمادات المستندية تبدو فيه مصلحة للمصرف الإسلامي ؛ لأنه بدلًا من أن يكون بائعًا يكون مموِّلًا في مضاربة ؛ ومن ثَمَّ فإنه لا ينتهي دوره بعملية الاستيراد ، بل يستمر متابعًا لعمليات البيع التي يقوم بها المضارب حتى تتم ؛ ولذلك يشترط في تعاقده معه أن يكون له الحق في الاطلاع على دفاتره ؛ لأنه طرف في عملية المضاربة ؛ ولذلك أيضًا تطول عملية المضاربة ، وتمتد زمنًا أكثر من الحال في عمليات المرابحة التي ينتهي فيها دور المصرف بإتمام بيع المرابحة إلى العميل ، ومن عيوب المضاربة أن العميل كثيرًا ما تنقصه الخبرة وقد تنقصه الأمانة ، وهذا يسبب بعض الخسائر للمصرف الإسلامي .

وطبقًا للمقاييس الحديثة لنشاط المصارف ، نجد المصرف الإسلامي قد خرج عن حدود النشاط المصرفي عندما يدخل مشتريًا لبضاعة كتاجر ، وعندما يشارك من يقوم ببيعها (المضاربة أو المشاركة) ويبيعها مرابحة ، وكل هذا لا غضاضة فيه من وجهة نظر البنوك الإسلامية ، وحتى لو اصطدم ذلك بنصوص قانونية في بعض البلاد فإن المحل هو أن ينشئ المصرف الإسلامي شركة مضاربة يمتلك رأسمالها أو يساهم فيها وتقوم هذه الشركة بعملية المضاربة ، بينما يكتفي المصرف الإسلامي بدوره في فتح الاعتماد

المستندي وتداول السندات المتعلقة به .

وتفيد عمليات المضاربة المتعلقة بالاعتمادات المستندية في تجنب استخدام الفوائد بين البنك والمضارب ، وتوجد نوعًا مستحبًا من التعاون بين البنك وعميله ، ويحس العميل المضارب بأنه « مسنود » من البنك وهو يباشر تجارته ، وأن الربح والخسارة ستكون موزعة بينهما ، فيجد اطمئنانًا أكثر في عمله ، ويوصل ذلك إلى تحقيق نتائج أفضل في مجال التمويل والتجارة .

* * *

المَبْحَثُ الثَّالِثُ

المشاركة

للمشاركة في الفقه الإسلامي صور مختلفة : فهناك شركات الملاك التي توجد حالة شيوع في ملكية المال إما جبرًا كالميراث ، أو اختيارًا كما في الهبة والوصية .

وهناك شركات عقود يجوز أن يتصرف فيها كل شريك بمفرده ، فيكون ذلك مفاوضة أو يتشاور مع شريكه ويستأذنه في كل تصرف فتكون شركة عنان ، وهذه وتلك يمكن أن تكون شركة أعمال (شركة الصنائع) أو شركة وجوه يستخدم فيها الشركاء أو بعضهم مالهم من نفوذ ووجاهة في إدارة أعمال الشركة ، أو شركة أموال يساهم فيها كل شريك بحصة من مال نقدية أو عينية (١) .

ولا يتسع المجال هنا لشرح أحكام الشركات ؛ لذلك نكتفي ببيان كيفية مشاركة المصرف الإسلامي لعملية في عمليات الاستيراد واستخدام الاعتمادات المستندية في هذا الإطار .

تتم العملية هنا بنفس الطريقة التي رأيناها في الكلام عن المضاربة مع فارق بسيط هو أنه في المضاربة يقدم المصرف الإسلامي كل ثمن البضاعة المستوردة ، بينما في المشاركة يقدم كل من المصرف والعميل حصة نقدية من هذا الثمن ، قد تكون النصف من كل منهما ، وقد تكون نسبة أخرى يتفقان عليها ؛ إذ لا يشترط التساوي ، ولا يجوز أن يكون هذه الحصة في ذمة أحد الشركاء ، ولكن لا مانع من تقديم هذه الحصة من الحساب الجاري ، أو الحساب العادي ، أو وديعة لعميل لدى المصرف ، ويجب أن يكون رأس المال معلوم المقدار والجنس والصفة ، وأن يكون محددًا نافيًا للجهالة ، وهذا كله يتوفر في تحديد مساهمة كل من الشركاء بمبلغ من النقود محدد برقم معين .

---

(١) التمويل بالمشاركة : مركز الاقتصاد الإسلامي - المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية .

ولا يلزم خلط المالين عند الحنابلة والأحناف ، أما الشافعية فيشترطون أن ينخلع كل من الشريكين عن ماله وأن يخرج المال من الضمان الشخصي للضمان المشترك ، وهذا الرأي أفضل ويجري عليه العمل ، وهو ما يعبر عنه في القوانين ذات الطابع اللاتيني بنية المشاركة Laffectio Societatis ، أي بنية الدخول في مشروع مشترك بقصد تحقيق الربح .

وفي عقد المشاركة بين البنك الإسلامي والعميل ينص على النسبة التي يتحمل بها كل شريك في الربح أو الخسارة ، سواء كانت نسبة مئوية أو كسرًا اعتياديًا ، وينظر إلى الربح على أنه العائد القابل للتوزيع بعد تحميله المصروفات والتكاليف اللازمة لتقليب المال دورة تجارية كاملة ، ويجوز ألا تكون نسبة الربح والخسارة هي نفس نسبة الحصة من رأس المال ؛ لأن الربح يستحق بالمال والعمل أيضًا .

وإذا تحققت خسارة ناشئة عن إهمال أحد الشركاء تحمل هذا الشريك الخسارة ، والمشاركة تقوم على الوكالة والأمانة .

وتتصل المشاركة بالاعتماد المستندي من حيث كيفية تنفيذ المشاركة ؛ فالعميل يريد أن يستورد بضائع يتجر فيها ، ويعرض على المصرف أن يشاركه في هذه العملية مشاركة دائمة أو مؤقتة ، ثابتة أو متناقصة ، وإذا قبل البنك ذلك ووقعا عقد المشاركة بدأ تنفيذ المشاركة بفتح اعتماد مستندي لصالح البائع ، وعند استلام المستندات يسلمها البنك للعميل ليتسلم البضاعة بموجبها ويبدأ عمليات المتاجرة فيها .

ويؤخذ على فكرة المشاركة أن العميل قد يكون ضعيف الخبرة ، أو عديم الأمانة فيدعي أن البضاعة بيعت بالخسارة خلافًا للحقيقة فيربح هو ويخسر المصرف الإسلامي .

* * *

الفَصلُ الثَّالِثُ : مشكلات الاعتمادات المستندية في البنوك الإسلامية

تواجه البنوك الإسلامية بعض المصاعب في التوفيق بين مبادئ العقود المعروفة في المؤلفات الفقهية وبين الواقع العملي في عمليات الاعتمادات المستندية والعلاقات الناشئة بصددها .

ومن أهم المشكلات التي تواجهها المصارف الإسلامية مشكلة ملكية البضاعة أثناء التعامل ، مرورًا بمراحله المختلفة من وقت خروجها من يد البائع وحتى استقرارها لدى العميل للتصرف فيها بالبيع .

ومن المشكلات المهمة أيضًا مسألة الفوائد التي تطالب بها المصارف الأجنبية إذا تأخر دفع قيمة الاعتماد يومًا أو بضعة أيام ، وكيف تصرف البنوك الإسلامية تجنبًا للتعامل بالفوائد .

وسوف نعرض كلًّا من هاتين المشكلتين في مبحث مستقل من هذا الفصل ؛ لذلك يتفرع البحث إلى :

المبحث الأول : مشكلة ملكية البضاعة .

المبحث الثاني : مشكلة الفوائد .

* * *

المَبحَثُ الأوَّلُ

مشكلة ملكية البضاعة

عندما يمر شخص ببائع الصحف في الطريق ، ويناوله ثمن الجريدة ، ويأخذ نسخة منها ، ويمضي دون أن يتبادل معه حديثًا سوى التحية المألوفة ، فلا مساومة ولا تبادل لألفاظ تحمل الإيجاب وأخرى تحمل القبول ، ولا نحتاج إلى البحث فيمن ينفذ التزامه أولًا من الطرفين ، ومتى الملكية ، ومتى يتم التسليم ، وعلى من تقع تبعة الهلاك الذي قد يحدث أثناء هذه المراحل ؛ لأن البيع يتم بالتعاطي ويصاحب تنفيذه انعقاده فلا نصادف فيه مشكلة .

ولكن تثور المشكلة عندما نجد خروجًا من البائع إلى المشتري يستغرق وقتًا طويلًا ، ويدور البحث حول حلول المسائل التي أشرنا إليها لنتبين حكم كل مرحلة من المراحل المتعددة في انعقاد وتنفيذ العقد أو العقود المتصلة بنفس البضاعة بين أطراف متعددين .

يتم التعامل في البيوع الدولية عن طريق زيارات إلى المصانع المنتجة في بلادها للاطلاع على البضاعة والمساومة على شرائها ، أو عن طريق المراسلات المتبادلة بين المشتري والبائع والتي كثيرًا ما تستخدم فيها الفواتير المبدئية Proforma invoices والكتالوجات Catalogues ، وكلما كثرت البيانات والتفصيلات التي تتضمنها هذه المطبوعات كلما كان أنفى للجهالة عند التعاقد ، وأحسن أثرًا في تحديد محل العقد ، ويعرف التعامل بهذه الأساليب في الفقه الإسلامي بأنه « البيع على البرنامج » أي البيع عن طريق مستندات تعبر عن البضاعة ، وتغني عن رؤيتها ومعاينتها .

ويمكن أن يستمر التعامل على هذه المستندات حتى يتم تسلم البضاعة بموجبها ، فليس هناك ما يمنع من استخدام الصكوك الممثلة للبضاعة ، والتي تعبر عن ملكيتها وعن حيازتها حيازة حكمية في نفس الوقت ، خاصة وأن التصرف في البضاعة بموجب الصكوك أمر متيسر ، وعلى ذلك فإن سند الشحن للحامل ، أو سند الشحن الإذني هو سند يمثل البضاعة ، فحائزه الشرعي هو حائز البضاعة ، وهو مالك البضاعة ، وهو الذي يملك أن

يغير وجهتها أثناء الطريق فيحولها من بلد إلى بلد حسب أوجه التعامل التي يريد تنفيذها عليها ، وينطبق على هذه الصكوك ما ينطبق على غيرها من البضائع والسلع من الأحكام الشرعية المتعلقة بالبيوع ؛ لذلك فإننا عندما نتحدث فيما يلي يشمل كلامنا الحيازة الفعلية ، والحيازة الحكمية للبضاعة وما يمثلها من الصكوك التي ترمز إليها .

والأصل في عقد البيع أنه من العقود الناقلة للملكية ، وبمجرد صدور العقد ينتقل الملك فلا يتأخر إلى وقت التسليم (١) .

ومقتضى انتقال الملك إلى المشتري بالبيع أن يملك التصرف في المبيع بمجرد البيع ، حتى قبل القبض ، وهذا هو مذهب مالك ، فيجوز للمشتري أن يتصرف في البيع قبل قبضه سواء كان عقارًا أو منقولًا ، إلا الطعام ففيه خلاف لربويته ، أما عند الشافعية والحنابلة فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع قبل قبضه ، سواء كان منقولًا أو عقارًا ؛ لأن انتقال ملك المبيع إلى المشتري لا يتأكد إلا بالقبض ، فإذا تأكد بالقبض استطاع المشتري أن يتصرف فيه ، ولأن المبيع قبل القبض يكون في ضمان المشتري ، ولا يجوز أن يبيع ما ليس ضمانه ، ولأن المشتري الذي يبيع ما لم يقبض لا يكون قادرًا على التسليم ، فلا يجوز له أن يبيع المبيع حتى يقبضه (٢) .

والفرض في انتقال الملكية أن البضاعة حاضرة وجاهزة للشحن بحيث يمكن بمجرد العقد انتقال ملكيتها ، كما أن حيازتها وتسليمها يتم من خلال المستندات الممثلة للبضاعة ، والشروط المتعلقة بنقل تبعة هلاك البضاعة إلى المشتري أو بقائها على البائع حتى وقت معين ، هذه الشروطُ لا تتعارض مع مقتضى عقد البيع ، وهي مما جرى عليه العرف ، وأصبحت تعرف البيوع بأسمائها ، فيقال البيع سيف ، أو فوب ، أو غير ذلك من أنواع البيوع الدولية التي جرى عليها التعامل (والتي تنتقل ملكية البضاعة فيها عند القيام لا عند الوصول) ، (البيع سيف تنتقل الملكية فيه بالتسليم في ميناء القيام ، وفوب بالتسليم على ظهر السفينة) وذلك طبقًا للرأي الذي انتهينا إليه مع الشيخ محمد أبي زهرة وغيره من الفقهاء القدامى ، كما رأينا في المطلب الثاني من المبحث الخامس من الفصل الأول ، بشأن مدى إمكان التجديد في أنواع العقود وشروطها .

---

(١) السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي - (٥٤/٦) .

(٢) السنهوري : المرجع السابق ، (ص ٦٢) .

فإذا كان التعامل بيع مرابحة ، ووعد العميل بالشراء ، قام البنك الإسلامي باستيراد البضاعة وفتح الاعتماد المستندي لصالح البائع ، وتنتقل ملكية وتبعة هلاك البضاعة إلى النوع حسب نوع البيع (سيف ، أو فوب ، أو غير ذلك) ، وعندما ترد البضاعة ويتم استلامها ، وتباع إلى العميل مرابحة ويتسلمها ، تنتقل إليه ملكيتها وضمانها .

أما إذا كان التعامل مضاربة أو مشاركة ، فإن ضمان البضاعة لا يكون فقط على العميل عند استلامه البضاعة ، وإنما يكون على البنك والعميل باعتبارهما مالكين في حالة المشاركة بنسبة مشاركتهما ، أو على العميل باعتبار أنه أمين عليها .

وأما لم تكن البضاعة حاضرة وإنما سيتم إعدادها طبقًا لعقد استصناع إن كانت سلعة صناعية أو بموجب بيع سلم ، فإنه قد يكون الثمن أو جزء منه معجلًا أو أن يكون مؤجلًا ، وهذه الحالات لا تنتقل ملكية البضاعة إلا عندما ينتهي إعدادها ، ولا ينتقل ضمانها إلا عندما يتم تسليمها ، ولهذه البيوع نظير في نوع الاعتمادات المستندية التي تعرف بشرط المداد الأحمر وشرط المداد الأخضر ، حيث يتضمن دفعة مقدمة على موردي الصوف المستفيدين من تربية الأغنام ، ومصاريف تخزينه ، فهذه الصور قريبة من عقود السلم أو هي تطبيقات لها .

ويحسن أن تتضمن العقود التي تعدها البنوك الإسلامية تحديدًا لكيفية انتقال الملكية ومواعيده في كل مرحلة ، وتحديدًا لمواعيد التسليم التي ينتقل معها ضمان البضاعة ؛ حتى يكون كل طرف على بينة من التبعات والمسؤوليات التي ستلقى على عاتقه .

وليس في قواعد غرفة التجارة الدولية ما يحول دون تملك المصرف للبضاعة ؛ وذلك لأن ملكية البضاعة تأتي عن طريق أن سند الشحن يمثل البضاعة وبواسطته تجري التصرفات على البضاعة ، فبتظهيره إن كان إذنيًا أو بتسليمه إن كان للحامل فتنتقل ملكية البضاعة مع انتقال السند ، وهذا وضع لا ترفضه الغرفة الدولية ، بل هي مبنية عليه .

* * *

المبحث الثاني

مشكلة الفوائد

ترفض البنوك الإسلامية التعامل بالفوائد باعتبارها صورة ربوية ، فلا تأخذها ولا تعطيها .

والتعامل في الاعتمادات المستندية لا يخلو في كثير من الأحيان من دفع فوائد ، فالمستفيد يتقدم إلى بنك التداول بالمستندات أو إلى البنك المؤيد ، ويدفع إليه ذلك البنك ، ويرسل المستندات ، ويحمل البنك منشئ الاعتماد (وبالتالي العميل المستورد) بقيمة الفوائد عن الفترة من تاريخ التقديم حتى تاريخ الوفاء ، وإذا كان هناك نوع من التسهيلات للموردين (تسعين يومًا للوفاء مثلًا) ، فإن الثمن سوف يزيد لزيادة الأجل .

فما هو الحل لمشكلة الفوائد التي يطالب المستفيدون البنوك الإسلامية بدفعها إليهم ؟

هناك عدة حلول يمكن طرحها :

الحل الأول : إذا كان التعامل بين بنكين إسلاميين ، فإن موقفهما سيكون واحدًا وهو رفض الفوائد .

الحل الثاني : أن يكون المراسل والبنك المؤيد بنكًا غير إسلامي ويطالب بالفوائد ، فيقوم البنك الإسلامي بفتح حساب وديعة لديه (لا تزيد عن قيمة الاعتماد كثيرًا) ، ويقوم المصرف غير الإسلامي بدفع قيمة الاعتماد من الوديعة أو بضمان الوديعة [١] .

ويؤخذ على هذا الحل أن وديعة المصرف الإسلامي ستبقى معطلة ولن يقبل فوائد عنها بينما تكون مغنمًا للبنك غير الإسلامي .

الحل الثالث : إبرام اتفاق معاملة بالمثل بين البنك الإسلامي والبنك غير الإسلامي ، أو اتفاقًا على تبادل الودائع [٢] .

---

(١) د. عاشور عبد الجواد : البديل الإسلامي ، (ص ٢٦٧ ، ٢٦٨) .

(٢) د. عاشور عبد الجواد ، مرجع سابق ، (ص ٢٦٨) .

الحل الرابع : أن يتم تخريج الفوائد وتفسيرها فقهيًا على أساس الشرط في عقد البيع ، بمعنى أن المصدر في عقده مع المستورد يشترط عليه دفع مبلغ معين من المال عن كل يوم يسبق تحصيل الثمن ، فيصبح المستورد والبنك الممثل له ملزمًا بدفع المبلغ المشترط .. وليس ذلك من الزيادة الربوية المحرمة ؛ لأن الإلزام بدفع ذلك المبلغ إنما هو يحكم عقد البيع لا يحكم عقد القرض (١) ، ومع ذلك لم يسلم هذا الرأي من النقد باعتبار أن الفوائد معاملة ربوية ، وهي ناشئة عن التعامل في الاعتماد ولا تكون عادة منصوصًا عليها في عقد البيع .

الحل الخامس : التفرقة بين القرض الإنتاجي والقرض الاستهلاكي (٢) :

يقوم هذا الحل على اعتبار الربا المحرم هو الذي يؤخذ من محتاج ، أو فقير ، أو مسكين ، أو ذي ضائقة ، ويجد هذا الرأي سندًا من تفسير الآيات التي في أواخر سورة البقرة وهي آخر ما نزل في شأن الربا ، فهذه الآية تنظم أنواعًا من العلاقات الإنسانية والمالية في المجتمع ، وتبدأ من قوله تعالى : ﴿ مَّثَلُ ٱلَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمْوَٰلَهُمْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنۢبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ ﴾ [البقرة: ٢٦١] إلى قوله تعالى : ﴿ وَٱتَّقُوا۟ يَوْمًا تُرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى ٱللَّهِ ﴾ [البقرة: ٢٨١] . وتقسم الناس إلى ثلاثة أنواع : محسن ، ومقتصد ، وظالم لنفسه .

فالمحسن هو الذي يعطي المحتاج ولا يسترد منه ما أعطاه ، أي يعطي على سبيل الصدقة ، وهذا أسمى التصرفات ، ثم يأتي بعده المقتصد الذي يعطي ويسترد الأصل وعليه زيادة ، وهو المرابي الذي توعده الله العذاب .

وإذا وضعنا هذه الأنواع في إطار واحد ، ونظرنا إلى الطرف الآخر في كل علاقة مع أحد هذه الأنواع ، لوجدنا أن هذا الطرف الآخر هو دائمًا المحتاج الذي يذهب ضحية الاستغلال ممن يأخذ منه زيادة على ما أقرضه .

---

(١) د. السيد محمد باقر الصدر : البنك الابوري في الإسلام ، دار المعارف للمطبوعات ، بيروت ، الطبعة الخامسة ، (١٩٧٧م) ، (ص ١٣١ ، ١٣٢) .

(٢) جاء في قرار المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة : « الفائدة على أنواع القروض كلها ربًا محرم ، لا فرق في ذلك بين ما يسمى بالقرض الاستهلاكي وما يسمى بالقرض الإنتاجي ؛ لأن نصوص الكتاب والسنة في مجموعهما قاطعة في تحريم هذين النوعين » .

أما من يكون في هذه الضائقة فإن ما يؤخذ منه يعتبر غير داخل في باب الربا ، وعامة ضائقة فلا يدخل ما يدفعونه من زيادة في باب الربا المحرم ، فإذا حدث أن أفلس التاجر المدين ، فإن الأمر لا يقتصر على ضياع الفوائد على دائنه ، بل إن الأمر يمتد إلى أصل الدين فيضيع كله أو بعضه [١] .

هذا الحل يتفق مع الحل الرابع في النتيجة ، ويختلف عنه في التبرير أو التأصيل .

* * *

(١) الأهرام الاقتصادي - العدد (١٠٨٤) - بتاريخ (١٩٨٩/١٠/٢٣م) .

المراجع

١ - إبراهيم صدقي : تأييد الاعتمادات المستندية - طبع معهد الدراسات المصرفية - التابع للبنك المركزي المصري بالقاهرة - (١٩٦٢م) .

٢ - إبراهيم عزيز صدقي : الاعتماد المستندي نظريًا وعمليًا - دروس مكتوبة على الآلة الكاتبة بمعهد الدراسات المصرفية - (١٩٦٨م) .

٣ - أحمد طه الحكيم : إيصالات الأمانة - طبع معهد الدراسات المصرفية - (١٩٦٤م) .

٤ - أحمد ياقوت صبره : الكمبيالات المستندية - طبع معهد الدراسات المصرفية - (١٩٦٥م) .

٥ - ادجار تاجر : بعض النواحي العملية في أعمال المستندات - طبع معهد الدراسات المصرفية - (١٩٦٥م) .

٦ - دكتور السيد محمد اليماني : الاعتماد المستندي - رسالة دكتوراه - القاهرة (١٩٧٥م) .

٧ - دكتور أمين محمد بدر : الاعتمادات المستندية - طبع معهد الدراسات المصرفية - (١٩٦١م) .

٨ - الصكوك المصرفية - طبع معهد الدراسات المصرفية - (١٩٥٦م) .

٩ - أمين ميخائيل عبد الملك : الاعتمادات المستندية - طبع معهد الدراسات المصرفية - (١٩٦١م) .

١٠ - بس (ج) (J.Bes) : شحن البواخر وتأجيرها - ترجمة وحيد طبق - طبع منظمة تسويق وتصدير الحاصلات الزراعية - (١٩٦٥م) .

١١ - دكتور ثروت أنيس الأسيوطي : مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن -

رسالة دكتوراه - القاهرة - (١٩٦٠م) .

١٢ - دكتور ثروت علي عبد الرحيم : الإعفاءات والمسموحات في التأمين البحري - رسالة دكتوراه - القاهرة - (١٩٦٦م) .

١٣ - حسن أبو الفتوح شاهين : الاعتمادات المستندية - طبع معهد الدراسات المصرفية - (١٩٦١م) .

١٤ - دكتور رزق اللّه أنطاكي ، ودكتور نهاد السباعي : موسوعة الحقوق التجارية - الجزء الثالث .

١٥ - زكي مهنا ، وبكر محمد عثمان : العمليات المصرفية نظريًا وعلميًا .

١٦ - دكتور عبد الحي حجازي : نظرات في الاشتراط لمصلحة الغير - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة ٦ .

١٧ - دكتور عبد الرحمن سليم : شروط الإعفاءات من المسؤولية طبقًا لمعاهدة سندات الشحن - رسالة دكتوراه - القاهرة - (١٩٥٥م) .

١٨ - عبد العزيز الحموشي : التعديلات التي أدخلت على القواعد والعادات الموحدة - طبع معهد الدراسات المصرفية - (١٩٦٤م) .

١٩ - دكتور علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية - الإسكندرية - (١٩٦٨م) .

٢٠ - علي العريف : شرح القانون التجاري - القاهرة - (١٩٥٩م) .

٢١ - دكتور علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية - القاهرة - (١٩٦٩ ، ١٩٨٠م) .

٢٢ - دكتور علي جمال الدين عوض : التحديد القانوني لمسؤولية الناقل البحري - المحاماه - السنة (٣٥) .

٢٣ - دور المستندات في تنفيذ البيع البحري - مجلة القانون والاقتصاد - السنة (٣٠) .

٢٤ - دكتور عاشور عبد الجواد : البديل الإسلامي للفوائد المصرفية الربوية - القاهرة (١٩٩٠م) .

٢٥ - محمد محمود فهمي : الاعتمادات المستندية - طبع معهد الدراسات المصرفية - (١٩٦١م) .

٢٦ - دكتور محمد الشحات الجندي : عقد المرابحة .

٢٧ - دكتور محمد أبو عافية : التصرف القانوني المجرد - رسالة دكتوراه - القاهرة - (١٩٤٦م) .

* * *

BIBLIGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUXET SPECIAUX

34 - ARDANTH.- Introduction al etude des Banques Et des Operation de Banque , Paris 1954 .
35 - Blockl., Operations De Banque , 1964 .
36 - Choley., Law of Banking , 1957 .
37 - Dela Morandiere, Rodire & Houin - Droit Commercial , t , 1 . 1960 .
38 - Depage , L Obligation Abstraite en Droit Enteme et en Droit Compare , Bnixelles , 1957 .
39 - Escarra, Manuel de Droit Commercial .t.11 . 1948 .
40 - Escarra , Principes de Droit Commercial. T. vi. 1936 .
41 - Ferronniere, Operation de Banque, 1964 .
42 - Gutteridge, The Law of Bankers, Commercial Credits . 1962 .
43 - Hamel, Banques et Operatios de Banques, t.11. 1964 .
44 - Lurean & Olive, Commentarie de la police Francaise d Assurances Maritime sur Facultes, 1952 .
45 - Lyon Caen & Renault, Traite de Droit Commercial, T.IV : 1932.
46 - Marais, Du confirme en Matirere Documentaire, 1935 .
47 - Megrah, Legal Decisions Affecting . TV. 1955 .
48 - Paget, The Law Of Banking , London, 1972 .
49 - Ripert Seoir- Seoir maritime , 1953 .
50 - Terrel & Legeune, Traite des Operations Commerciales de Banque, 5e. ed.
51 - Bontonx, Reglement Souos Reserve, Banque 1967. 85 .
52 - Bontoex - Regles et Usances Uniformes, Banque 1963. 231 .
53 - Bontoex - La lettre de Credit Commerciale, Banque 1958 .
54 - Carbonniere, Autonomie des Lines en Matere de credit Dcmentaire, Banque 1950. 679 .
55 - Cerbonnieree. L Autonome de LOuvverture du Credit Credit Documentaire , Bangue , 1949 - P262 .
56 - Epschtein, Connaissement Nets , Banque 1968 - 105 .
57 - Epxchtin, Saisi - Arret au Prejudic de l acheteur Ordonnateur dun Documentaire , Banque 1968 - 505 .
58 - Epschtin De ; Action Introduite Contre Banque par l Ordonnateur

quina pas rejete les Documents , R.T.D Comm. 1960 - P 291 .
59 - Epschtin, De quelques littiges en Matiere de Credit Documentaire, Banque 1950 - P479 .
60 - Guiho, Le Gage sur Instruments, Symboliques , Etude Publiee dans la collection Le Gage Gommercial 1953 .
61 - Holden, Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, Joumal of the Institute of Bankers , ol 80 - 34 .
62 - Oedipe, Les risques de Bank to Bank credit , La Revue de la Banque 1956 - 681 .
63 - Phijc, Les Regements Conditionnels , Banque 1958, 18 .
64 - Tata, Le Probleme des lattres garantie dans le Transport maritime , Majallat al Hoqouq (Revue de droit) 1958 - 33 .
65 - Thomson The Bill of Lading The Scottish Bankers Magagzine , Oct . 1934 .

* * *

حُكْمُ الغَرَامَةِ المَالِيَّةِ فِي الفِقْهِ الإسْلامِيِّ

تَأْلِيفُ

عِصَام أنَس الزِّفْتَاوِي

مُقَدِّمَة

أ - خطورة المشكلة :

للمداينة أهمية كبيرة في الحياة الاقتصادية ؛ لتوسيع نطاق التبادل الاقتصادي ، وتحسين كفاءة استخدام الموارد النقدية .

ولقد اعتنت الشريعة الإسلامية بالمداينات ، وأقرت مجموعة من العقود والقواعد التي تصلح أساسًا راسخًا لنظام متطور للمداينة .

من هذا : توثيق الديون - الكفالة - الرهن - الحوالة - المقاصة - الوكالة .

كما وفرت الشريعة الإطار الأخلاقي والتنظيمي للمداينات ، وكل ما يولد الثقة بذلك يدعم نظام المداينات ، ويوسع نطاقها ، وكل ما يزعزع الثقة في القدرة على الوفاء يهدد هذا النظام .

والمماطلة من قبل المدينين الموسرين أي القادرين على السداد تضعف الثقة في المداينات ، وتزيد تكاليف استيفاء الديون ، مما يجعل من المماطلة مشكلة خطيرة تهدد نظام المداينات (١) .

ويزيد من خطورة المماطلة أن الشريعة تحرم الربا ، ويغدو من الضروري استخدام طرق أخرى ؛ لمنع الضرر الواقع على الدائن من جراء مماطلة المدين الموسر في السداد (٢) .

---

(١) قال ﷺ : « لَيُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته » ، وقال : « مطل الغني ظلم » .

(٢) د. محمد أنس الزرقا ، ود . محمد علي القرى ، التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد ، (ص ٢٥ - ٣٠) .

تنبيه : عزونا إلى المراجع يكون إلى أصل الكلام ، مع تصرفنا فيه في أحيان غالبًا بالاختصار والتقديم والتأخير ، وسنكتفي بهذا التنبيه العام في أول البحث عن تكراره بعد ذلك ، فتنبه إليه .

ب - توصيف المشكلة :

يمكن أن تحدد المشكلة في وقوع ضرر على الدائن من جراء تأخير وفاء المدين بما عليه ، وربما كان ضررًا بالغًا إذا ترتب على التأخير عدم التزام الدائن نفسه بما يكون قد التزم به من التزامات مالية ، كما أن الديون المتأخر سدادها أو الديون المعدومة تؤثر بالسلب على المركز المالي للمؤسسة ، مما يؤثر في سمعتها المالية أثرًا بالغًا .

ويتمثل الضرر في أدنى صوره في تفويت انتفاع الدائن بدينه بسبب التأخير ، أو في تفويت ربح كان يرجوه من استثمار ماله .

ورغم أن هذا ربما كان من أدنى صور الضرر حيث لا يتجاوز تفويت منفعة مرجوة قد لا تتحقق ، إلا أن هذه الصورة تمثل في حد ذاتها مشكلة كبيرة للمؤسسات المالية التي يمثل التمويل والاستثمار نشاطًا أساسيًا لها .

وإذا كان الشارع الحكيم قد أمر بإنظار المدين المعسر ، فقال تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] ، مما يعني أن الشارع ألغى اعتبار الضرر الواقع على الدائن في هذه الصورة ، فإنه في ذات الوقت قرر أن « **لَيُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته** » (١) ، و « مطل الغني ظلم » (٢) .

فقد قرر الشارع ﷺ جواز عقوبة المدين الموسر .

فهل يجوز شرعًا العقوبة المالية على هذا اللي ؟

وهل يجوز شرعًا التعويض المالي عن تلك المنفعة المرجوة أو الربح الفائت ؟

ج - آراء حول المشكلة :

لقد ظهر مؤخرًا رأي فقهي يقول : إن تعويض الدائن عن ضرره بسبب المماطلة يمكن أن يكون مبلغًا نقديًا فوق أصل الدين يحكم به القاضي ، ويغطي الضرر الفعلي والربح الفائت ، وأنه يمكن تقييد هذا التعويض القضائي بقيود تميزه عن الربا المحرم .

---

(١) أخرجه أبو داود ، (٣٦٢٨) ، والنسائي ، (٣١٦/٧ ، ٣١٧) ، وأحمد ، (٢٢٢/٤) ، عن عمرو بن الشريد الثقفي عن أبيه ، وصححه ابن حبان ، (١١٦٤) ، وقال الحافظ في الفتح ، (٦٢/٥) : إسناده حسن .

(٢) متفق عليه ، البخاري (١١٦٦) ، مسلم (١٥٦٤) .

لكن هذا الرأي محل اعتراض شديد من فقهاء آخرين بسبب شبهة الربا [(١)] من جهة، ولما قيل من عدم جواز الغرامات المالية من جهة أخرى .

وكما يعترض هؤلاء الفقهاء فإنهم افترضوا حلولًا أخرى للمشكلة ، والتي تعتبر من النوازل العصرية ؛ ومن ثم لم يتعرض لها الفقهاء المتقدمين [(٢)] .

وتتركز آراء العلماء المعاصرين حول جواز الحكم بتعويض مالي محدد للدائن عن المماطلة (رأي مصطفى الزرقا ، ومحمد الصديق الضرير) ، أو عدم جواز ذلك (رأي نزيه حماد ، ورمضان البوطي) ، أو إباحة التعويض عن الضرر غير العادي (رأي زكي الدين شعبان) ، أو عن الضرر المحقق (رأي زكي عبد البر) ، بينما يقترح رأي آخر عقوبات مالية للمماطلة تدفع لجهة أخرى غير الطرف الدائن ، كصندوق خاص للتعويضات (رأي نجاة الله صديقي) ، أو يدفع التعويض لجهات خيرية (رأي علي السالوس) ، بينما نرى رأيًا آخر يذهب إلى حل المشكلة عن طريق إلزام المدين بإقراض الدائن قرضًا حسنًا مماثلًا مؤجلًا بنفس المدة (رأي أنس الزرقا ، ومحمد علي القرى) [(٣)] .

د - خطة البحث :

يشتمل البحث على أربعة فصول :

الفصل الأول : وفيه بيان الآراء المعاصرة السابق إجمالها في المسألة ، نعرضها فيه رأيًا رأيًا مع ذكر حجج كل رأي ، والاعتراضات عليه ، كما قمنا في الهوامش بالتعليق على بعض المواضع التي رأيناها تستحق التعليق .

الفصل الثاني : عرضنا فيه آراء المذاهب الأربعة في التعزير بالمال أو في المال .

الفصل الثالث : عرضنا فيه أدلة المجوزين لذلك والمانعين ، مع بيان الاعتراضات على كلٍّ .

الفصل الرابع : عرضنا فيه نتيجة البحث .

وختمنا البحث بملحق ضمناه نصوصًا ذات إيماءات مهمة .

والله من وراء القصد .

---

(١) د. محمد أنس الزرقا ، ود . محمد علي القرى ، مرجع سابق ، (ص ٢٥) .

(٢) الشيخ مصطفى أحمد الزرقا ، هل يقبل شرعًا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن ، (ص ٩٠) .

(٣) د. محمد أنس الزرقا ، ود. محمد علي القرى ، مرجع سابق ، (ص ٢٥ ، ٢٦ ، ٤٤) ، الشيخ مصطفى أحمد الزرقا ، مرجع سابق ، (ص ١٤٨) ، وما بعدها .

الفَصِلُ الأوَلُ : آراء المعاصرين

الرأي الأول :

جواز الحكم بتعويض مالي محدد للدائن عن المماطلة ، وذهب لهذا الشيخ مصطفى الزرقا ، والدكتور محمد الصديق الضرير ، ولكن بينهما ثمة اختلاف في التفصيل .

ولنتناول أولًا رأي الشيخ مصطفى الزرقا باختصار (١) ، حيث يرى أنه إذا وقعت المماطلة جاز للقاضي فقط تعويض الدائن ، ولا يجوز الاتفاق مسبقًا بين الدائن والمدين على تحديد ضرر الدائن من تأخير الوفاء .

ومن أهم ما ذكره في هذا الصدد :

١ – أن الفقهاء قديمًا لم يعالجوا مسألة التعويض ؛ لقلة أهميتها ، وسرعة التقاضي ، ووجود شبهة الربا .

٢ – في ظل نظام التقاضي الحالي يتضاعف الضرر على الدائن .

٣ – المماطل ظالم يستحق العقوبة لما صح من قوله ﷺ : « **لي الواجد يحل عرضه وعقوبته** » (٢) .

٤ – الضرر يزال حسب قواعد الشريعة (٣) ، ولا إزالة له إلا بالتعويض ، ومعاقبة

---

(١) الشيخ مصطفى أحمد الزرقا ، مرجع سابق ، (ص ٨٧ – ٨٩) ، د . محمد أنس الزرقا ، ود . محمد علي القرى ، مرجع سابق ، (ص ٣٢ ، ٣٣) . (٢) الحديث تقدم تخريجه قريبًا .

(٣) راجع المجلة العدلية ، (م ٢٠) ، قال شارحها علي حيدر : لأن الضرر هو ظلم وغدر والواجب عدم إيقاعه ، وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع أيضًا فيجب إزالته ، درر الحكام (٣٣/١) .

ولكن علينا أن نتبصر هذه القاعدة في ضوء أختها : الضرر لا يزال بمثله ، ولا بأكثر منه بالأولى ، إذن يشترط أن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن ، وإلا فبأخف منه ، المجلة العدلية وشرحها (م ٢٥) .

المدين المماطل لا تفيد الدائن المضرور .

٥ - تأخير أداء الحق يشبه الغصب ، وينبغي أن يأخذ حكمه ، وهو أن الغاصب يضمن منافع المغصوب مدة الغصب عند الجمهور ، إلى جنب ضمانه قيمة المغصوب لو هلك (١) .

ومنافع المغصوب هنا هي ما كان يجنيه الدائن من ربح في أدنى الحدود المعتادة ، لو أنه قبض دينه في ميعاده واستثمره بالطرق المشروعة (٢) .

٦ - لابد من التوقي من أن يتخذ التعويض عن ضرر المماطلة ذريعة إلى الربا : فيمنع الاتفاق المسبق (٣) ، ويعاد الأمر إلى القضاء ؛ للتحقق من عدم وجود عذر مشروع ، ولتقدير التعويض .

وفرق الشيخ مصطفى الزرقا بين ما اقترحه وبين الفوائد الربوية بما يلي :

١ - الفائدة في حقيقتها استغلال من الدائن للمدين ولجهوده ، وأما التعويض عن ضرر التأخير فبعيد عن هذا ، بل هو إقامة للعدل ، وإزالة للضرر .

٢ - الفائدة في المداينات تعقد المداينة على أساسها من البداية ، فتكون طريقة استثمارية .

أما تعويض الضرر فليس طريقًا استثماريًا ، وإنما هو إعادة عادلة ، ولا تكون المداينة قائمة عليها من البداية بخلاف الفائدة .

ومن المبادئ والقواعد الفقهية التي يرى الشيخ الزرقا أنها ذات دلالة وإيحاء في

---

(١) القياس على الغصب محل نقاش واعتراض كبيرين ، وسيأتي بيانه .

(٢) ويتعقب على هذا بأن القاعدة : الساقط لا يعود ، المجلة العدلية (٥١) .

قال الشارح علي حيدر : يعني إذا أسقط شخص حقًا من الحقوق التي يجوز له إسقاطها يسقط ذلك الحق ، وبعد إسقاطه لا يعود ، درر الحكام (٤٨/١) .

والدائن قد أسقط حقه في الانتفاع بماله مدة الدين ، فالقول بتعويضه عنه هو قول بالتعويض عن حق ساقط على مقتضى القاعدة ، وقد يقال : إن الإسقاط لمدة الدين فقط ، فهل يعود هذا الحق من تلقاء نفسه بعدها ، مما يعني أنه يتعلق بذمة المدين إضافة إلى أصل الدين ، أولا يعود هذا الحق إلا بالرد ، هذا سؤال يطرح للبحث .

(٣) قال ابن جزي : فإن كان - أي الفضل في رد القرض - بشرط أو وعد أو عادة مُنِعَ مطلقًا ، وإن كان بغير شرط ولا وعد ولا عادة جاز اتفاقًا في الأفضل ، القوانين الفقهية ، ط دار الفكر ، (٢٤٩) .

وقوله : « بغير شرط ولا وعد ولا عادة » ، هل يدخل فيه الصلح بالتراضي ؟ وهل يدخل فيه حكم القاضي - المتفق على الترافع إليه - بالإلزام ؟ تأمل .

الموضوع قضية منافع الأشياء :

فقد اختلفت الأنظار في منافع الأشياء هل تعتبر أموالًا لها قيمة ذاتية ؟

فيرى الحنفية أن المنافع ليست أموالًا ، ولكنها تكون ملكًا ، حيث قصروا المال على الأعيان المادية ، وفرقوا بين المال والملك (١) ، وإنما ورد تقويمها - أي المنافع - في الشرع بعقد الإجارة خلاف القياس ، فلا تقوَّم في غيره (٢) ، وبالتالي فمنافع المغصوب لا يضمنها الغاصب (٣) .

ويرى الشافعية (٤) ....

(١) قال ابن عابدين في حاشيته ، (٥٠١/٤ ، ٥٠٢) : والتحقيق - يعني عند السادة الحنفية - أن المنفعة ملك لا مال ؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال متمول من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة .

(٢) راجع المسألة في : ابن عابدين في حاشيته ، (٤،٣/٦) ، وتكملة فتح القدير لقاضي زاده (٥٧/٩) ، وما بعدها .

(٣) راجع المسألة في : ابن عابدين في حاشيته ، (٢٠٦/٦) .

(٤) وتقومها لا يعني ضمانها مطلقًا بل المضمون منفعة ما تجوز إجارته ، والدراهم والدنانير لا تجوز إجارتها عند الشافعية ، ولا يضمن غاصبهما أجرتهما .

ومذهب الشافعية أن المضمون هو المعصوم ، وهو قسمان : أحدهما : ما ليس بمال ، وهو الأحرار ، وتفصيل أحكامه في كتاب الديات . والثاني : ما هو مال ، وهو نوعان : أعيان ومنافع . والأعيان ضربان : حيوان وغيره . وغير الحيوان منقسم إلى مثلي ومتقوم . والنوع الثاني : المنافع ، وهو أصناف منها منافع الأموال من العبيد ، والثياب ، والأرض ، وغيرها ، وهي مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية ، فكل عين لها منفعة تستأجر لها يضمن منفعتها إذا بقيت في يده مدة لها أجرة . « روضة الطالبين للنووي ، ط المكتب الإسلامي ، (١٢/٥ ، ١٣ ، ١٧٧) ، والنهاية للرملي ، (٢٧٠/٥) » .

وكتطبيق على مذهب الشافعية نعرض فتوى للتقي السبكي ؛ حيث سئل عن أرض تؤجر وقت الزراعة بعشرين الفدان ، وإذا أوجرت بأجرة مؤجلة إلى المغل أوجرت بأربعين فغصبها غاصب وزرعها ، ولم يطالبه صاحبها إلى أوان المغل . فأجاب : هنا ضمانان : أحدهما : ضمان جناية بإبطاله منفعة الأرض بزرعه يضمنه بقيمة تلك المنفعة حالًا ، وتثبت في ذمته مآلًا سواء أطالبه صاحبها أم لا ، سواء ألزمه بقلع زرعه أم لا ، والغرض أن قلع الزرع لا يفيد في عود منفعة الأرض . الضمان الثاني : ضمان أجرة بقاء الأرض في يده . إما لاستمرار زرعه فيها ، وإما لغير ذلك . وهذا يجب شيئًا فشيئًا فأي وقت حضر المالك له مطالبته بالأمرين جميعًا : ضمان المنفعة التي فاتت بجنايته وقت تفويتها ، وضمان أجرة المثل للمدة التي أقامت في يده . ويرجع في تقويم كل منهما إلى أرباب الخبرة ، (فتاوى السبكي ، ط القدسي ١٣٥٦ ، ٣٩٦/١) .

وخلاصة المذهب : أن موجب الضمان التفويت ، والموجب فيه هو كل مال معصوم من عين أو منفعة ، وإنما يضمن =

والحنابلة (١) أن المنافع أموال متقومة في ذاتها ؛ لأنها مقصودة من الأعيان .

ويرى الشيخ الزرقا أن هذا الرأي الأخير هو الأقوى دليلًا .

أما رأي الدكتور محمد الصديق الضرير :

فقد جاء كلامه جوابًا لاستفسار قدمه أحد المصارف الإسلامية ، وخلاصته أنه لا يجوز للبنك الاتفاق مع العميل على مبلغ محدد ، أو نسبة من الدين تدفع في حالة التأخير .

لكن يجوز أن يتفق البنك مع العميل المدين على دفع تعويض عن الضرر شريطة أن يكون ضرر البنك ماديًّا وفعليًّا ، وأن يكون العميل موسرًا ومماطلًا ، ويحسب التعويض على أساس الربح الفعلي للبنك خلال فترة التأخير ، وإذا لم يحقق ربحًا فلا يطالب بشيء ، كما لا يجوز مطالبة المعسر بتعويض ، بل يجب إنظاره حتى يوسر (٢) .

الرأي الثاني :

رأي الدكتور نزيه حماد ، والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي حيث رأيا عدم جواز الغرامة المالية .

أما الدكتور نزيه حماد فقد خرج رأيه كنقد مباشر للرأي الأول .

وخلاصته : أن المشروع لردع المماطل إنما يكون بتهديده أولًا بعقوبة اللّه في الآخرة ، ثم ثانيًا أن يأمره القاضي بالأداء ، فإن امتنع حبسه ، فإن أصر ضُرِبَ وعُزِّرَ حتى يؤدي الدَّين ، فإن أبَى باع الحاكم ماله ، ووفى الدائنين حقوقهم .

وأهم ما ذكره في هذا الصدد :

١ - أن محور الرأي الأول هو اعتبار المماطل في حكم الغاصب ، لكن الفقهاء

= منفعة الأموال بالتفويت خلافًا له - يعني أبا حنيفة - والفوات خلافًا لهما - يعني أبا حنيفة ومالك - لأن اليد ثابتة عليها ، وإلا لما منع إيجاره فيضمن كالعين ، الغاية القصوى للبيضاوي ، ط العراق ، (٥٧١/١ ، ٥٧٢) .
فتأمل ما سبق من قياس الشيخ مصطفى الزرقا للمسألة مع نصهم على خلافه .

(١) يرى الحنابلة أن المنافع بمنزلة الأعيان ؛ لأنه يصح تمليكها في حال الحياة وبعد الموت ، وتضمن باليد والإتلاف ، ويكون عوضها عينًا ودينًا ، المغني لابن قدامة ، (٣/٦) ، والشرح الكبير ، (٤/٦) .

(٢) د. محمد أنس الزرقا ، ود. محمد علي القرى ، مرجع سابق ، (ص ٣٤ ، ٣٥) .

يشترطون في ضمان المنافع أن يكون المغصوب مما تجوز إجارته كالأعيان ؛ لهذا استبعدوا النقود لعدم جواز إجارتها ، وإلا أفضى إلى الربا .

٢ - أن منافع الأعيان الصالحة للإجارة تعد محققة ، إذ تقابل بمال في عقد الإجارة ، بخلاف النقود فقابليتها للزيادة بالاستثمار محتملة غير محققة ، فمنافعها المفوتة على الدائن لا تعد مالًا حتى يطالب بتعويض مالي ؛ لأن مبدأ الضمان المالي في الشريعة قائم على المماثلة بين الفائت وعوضه ، ولا مماثلة هنا .

٣ - طول التقاضي مما يزيد من جسامة ضرر الدائن ليس مبررًا مقبولًا ؛ لأن الفقه الإسلامي ليس مسؤولًا عن إيجاد حلول لمشكلات أفرزتها تقنينات وضعية غريبة عن الإسلام [1] .

أما الدكتور البوطي ، فيرى أنه لا يجوز العقوبة بالمال ، وأن هذا ليس مما وقع فيه الخلاف بين الأئمة . ومع أنه في مدخل بحثه أطلق المنع [2] ، فإنه عاد فحدد سؤال البحث الذي يبحث في إجابته بقوله :

« ولكن ما هو الحكم الشرعي في معاقبة الحاكم إنسانًا على اقتراف جناية لا علاقة لها بالمال بأخذ غرامة مالية منه وتمليكها لبيت مال المسلمين ، أو لجهة ، أو لشخص ما ؟ هذا هو محل البحث ، وهذا ما نريد أن نكشف عن وجه الحقيقة فيه » [3] .

لكن السؤال الذي نتوجه به إلى الدكتور البوطي :

وماذا عن الجنايات التي لها علاقة بالمال ، هل يجوز المعاقبة فيها بالمال ؟

ورغم أن السؤال الذي طرحه الدكتور البوطي خاص بما لا علاقة له بالمال ، إلا أن ما أورده من كلام المذاهب في حكم التعزير بالمال على ارتكاب ما لا حد فيه من الجنايات أو المحرمات يجعل ما أورده أعم من السؤال الخاص الذي طرحه ، حيث تشمل المحرمات والمعاصي التي يجوز التعزير عليها المماطلة ، ونص الحديث واضح في جواز

---

(١) د. محمد أنس الزرقا ، ود. محمد علي القرى ، مرجع سابق ، (ص ٣٣ ، ٣٤) .

(٢) الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ، بحث العقوبة بأخذ المال من كتاب محاضرات في الفقه المقارن ، ط دار الفكر ، دمشق ، (ص ١٤٨) .

(٣) الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ، المرجع السابق ، (ص ١٥٢) .

عقوبة الغني المماطل .

وبعد أن نقل فضيلته نصوص المذاهب - كما سيأتي تفصيله - علّق عليها قائلًا :

« وإذا تبين لك هذا ، علمت أن إجماع المذاهب الأربعة قد انعقد على أن التعزير لا يجوز أن يكون بشيء من مال المعزَّر ، وتملك غيره له كائنًا ما كان » [١] .

الرأي الثالث :

إباحة التعويض عن الضرر غير العادي (رأي د. زكي الدين شعبان) .

فيرى الدكتور زكي الدين شعبان أنه لا يجوز التعويض عن مجرد حرمان الدائن من الربح ، ويجعل التعويض مقصورًا على الضرر غير المألوف ، بأن يكون الدائن قد ارتبط بالتزامات مالية بناء على توقع صدق المدين في الوفاء ، وقد أخذ القانون المدني بالكويت ، مادتي (٣٠٥ ، ٣٠٦) .

الرأي الرابع :

إباحة التعويض عن الضرر المحقق (د . زكي عبد البر) ، فقد اشترط حصول الضرر بالفعل ، كأن أدى به ذلك إلى إخلاله بالوفاء بما عليه هو للغير مع علم مدينه المماطل بذلك .

وأهم ما ذكراه - يعني زكي الدين شعبان وزكي عبد البر - في هذا المقام :

١ - لفظة العقوبة الواردة في الحديث مطلقة - أي حديث : « **لي الواجد يحل عرضه وعقوبته** » - والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم الدليل على تقييده ، والعقوبة بإطلاقها تتناول الحبس وغيره من كل ما يؤدي إلى زجر المتلاعبين بالالتزامات .

٢ - لا يجوز تعويض الدائن عن الربح الفائت بالتأخير ؛ لأنه غير مؤكد الحصول ، كما أنه يؤدي إلى الربا ، كما أنه لا يصح قياسه على الغصب ؛ لأن منافع الأعيان أموال متقومة في ذاتها ، بينما منافع النقود غير متقومة بلا خلاف بين العلماء [٢] .

٣ - المستخلص من الفقه أن المال لا يجب إلا مقابل مال ، ولا يجب مقابل ضرر

---

(١) الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ، المرجع السابق ، (ص ١٥٥) .

(٢) تقدم قريبًا عند عرض رأي الشيخ الزرقا الحديث عن منافع الأعيان ، وبيان مذاهب العلماء فيه .

محتمل لم يثبت [١] .

٤ – جسامة الضرر نتيجة التقاضي يكون علاجه بإصلاح القضاء ، لا بمخالفة الشرع الحنيف ، وقواعده الفقهية الصحيحة ، كما أن العقاب الجنائي أكثر ردعًا من التعويض المدني [٢] .

الرأي الخامس :

اقتراح عقوبات مالية للمماطلة تدفع لجهة أخرى غير الطرف الدائن كصندوق خاص للتعويضات (رأي د . محمد نجاة صديقي) ، أو يدفع لجهات خيرية (رأي د . علي السالوس) ، ويتفقا على أن الحل الجزائي هو الحل الأمثل لمشكلة المماطلة من الناحية الشرعية .

فالدكتور صديقي يرى أنه يجوز معاقبة المماطل قضائيًا بدفع مبلغ إلى صندوق خاص ينشأ لهذا الغرض ، ويجوز للمتضررين طلب معونة مالية تقدر على حسب الضرر والحاجة .

أما الدكتور علي السالوس فجوز أن يتضمن العقد شرطًا جزائيًا يفرض على المدين المماطل دون عذر شرعي جزاءً ماليًا ليس لحساب المدين ، بل لحساب جهة خيرية يحددها العقد [٣] .

الرأي السادس :

رأي د. أنس الزرقا ، ود. القرى بإلزام المماطل إقراض الدائن قرضًا حسنًا مماثلًا مؤجلًا بنفس المدة .

ومجمل رأيهما أنه كما لا خلاف في جواز العقوبات المالية – وهذه محل نقاش كبير كما ستعلمه – فإنه ما لن يختلف حوله كثيرًا جواز التعويض عن الضرر المحدد الناجم عن المماطلة إذا أثبته الدائن .

---

(١) والقاعدة الفقهية : لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي ، (المجلة م ٩٧) .

(٢) د. محمد أنس الزرقا ، ود . محمد علي القرى ، مرجع سابق ، (ص ٣٥ – ٣٧) . والدكتور محمد زكي عبد البر ، رأي آخر في مطل المدين ، هل يلزم بالتعويض ، (ص ١٥٦ ، ١٥٩ ، ١٦٠) .

(٣) د. محمد أنس الزرقا ، ود. محمد علي القرى ، مرجع سابق ، (ص ٣٧ ، ٣٨) .

وعمليًا فإن الدائنين يواجهون بما يلي :

١ - عدم وجود عقوبات غير مالية رادعة .

٢ - عدم تمكن الدائن من إثبات ضرر محدد يستحق به التعويض ، أو إثبات فوات ربح محقق ، وكل ما يستطيع الدائن أن يدعيه هو أن المماطل حرمه الانتفاع بماله .

وفي ضوء ما سبق اقترحا التالي :

يلزم المدين المماطل قضائيًا بأداء الدين إبراء لذمته ، كما يلزم بتقديم قرض حسن للدائن يساوي مقدار الدين الأصلي ، ويكون مؤجلًا لمدة زمنية تساوي مدة المماطلة مما يحقق تعويضه بالانتفاع بمال مماثل لمدة مماثلة على حساب المماطل .

فبحسب هذا الحل لا نمنح الدائن الممطول أي مبلغ نقدي إضافي فوق دينه الأصلي ، بل نمنحه فرصة جديدة غير مضمونة مقابل الفرصة المشابهة التي فوتها عليه المماطل ، دون أي شبهة ربوية [١] .

وأهم ما ذكراه في هذا الصدد :

١ - أن القاعدة الشرعية المستقرة أن يعاقب المسيء بنقيض قصده [٢] .

---

(١) د. محمد أنس الزرقا ، ود. محمد علي القرى ، مرجع سابق ، (ص ٤٤ ، ٤٥) .

(٢) فمن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، (المجلة م ١٠٠) ، ويستأنس لذلك بقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة : ١٩٤] .

ومما يساعد على هذا الاقتراح قاعدة ذكرها أحد علماء الشافعية بقوله :

« جواز التعزير بمثل ما تعدى به » .

ولا يعدو هذا الاقتراح أن يكون كذلك .

لكن حول هذه القاعدة نقاش نورده توضيحًا للمقام ، فقد سئل العلامة ابن حجر الهيتمي رحمه الله عن قوله في العباب : فائدة : صح عنه ﷺ أنه لما لُدَّ في مرضه بغير رضاه ، أمر بلد الحاضرين ، فاقتضى جواز التعزير بمثل ما تعدى به .

فقال ابن حجر : وقوله : فاقتضى جواز التعزير .. ، هو ما سبقه إليه غيره لكن عبارته - يعني عبارة هذا الغير - : وفيه مشروعية القصاص فيما يصاب به الإنسان ، لكنه - أي عبارة الغير - مردودة بأن الجميع لم يتعاطوا لده ، وإنما بعضهم ، فكيف يقتص من الجميع ؛ ولأجل هذا الاعتراض جعل - أي صاحب العباب - ذلك من باب التعزير دون القصاص ، ولكن رد بأنهم كانوا متأولين ، والمتأول المعذور في تأويله لا يعزر ، فالوجه أنه أراد بذلك تأديبهم لئلا يعودوا ، وبه يندفع قول العباب : فاقتضى .. إلخ ، (الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ، ط المشهد الحسيني ، (٢٣٤/٤ ، ٢٣٥ باختصار) .

ومن الشواهد الفقهية لهذه القاعدة : عقوبة مانع الزكاة بأخذ شطر ماله [1] ، وعقوبة سارق الثمر المعلق دون حد السرقة بالتعزير [2] ، وتغريمه ضعف القيمة ، وطلاق الضرار بقصد حرمان الزوجة من الميراث ، فتورَّث إن مات في العدة معاملة بنقيض قصده [3] . كما يرى الإمام مالك أن من تلقى الركبان يعامل بنقيض قصده ، فتباع السلعة التي تلقاها ، فإن ربحت أشرك معه أهل السوق في الربح ، وإن خسرت فالخسارة عليه وحده [4] .

ويستأنس لهذا بقضاء سيدنا سليمان الذي ألمحت إليه الآية : ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَـٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَـٰهِدِينَ ۝٧٨ فَفَهَّمْنَـٰهَا سُلَيْمَـٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ﴾ [الأنبياء : ٧٨ ، ٧٩] .

فقد قضى سيدنا سليمان بأن يدفع أصل الغنم إلى المتضرر صاحب الزرع ليستثمره ،

= ويلاحظ أن الاعتراض على كلام العباب ليس على صحة القاعدة ، وإنما على تنزيلها على الحديث ، فاقتضى صنيع ابن حجر صحتها عنده أيضًا والله أعلم .

تنبيه : العباب هو كتاب : العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي والأصحاب ، للقاضي صفي الدين أبي العباس أحمد بن عمرو المرادي اليمني الشافعي المعروف بابن المذحجي ت سنة (٩٣٠) . وقد شرحه ابن عراق المتوفى سنة (٩٦٣) . أفاده في ذيل كشف الظنون . والعباب مختصر لروضة النووي ، ضم إليها كثيرًا من فروع المذهب ، كما شرحه ابن حجر الهيتمي . راجع الفوائد المكية للسقاف ، (ص ٣٦) .

(١) يأتي الحديث عن هذه المسألة في فصل أدلة المجوزين للعقوبة بالمال .

(٢) يأتي الحديث عن هذه المسألة أيضًا في فصل أدلة المجوزين للعقوبة بالمال .

(٣) وهو مذهب الحنفية ، والقديم من قولي الشافعي . والجديد : لا ترثه .

والقاعدة : « أن من استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه » .

فأما الحنفية فجعلوا المسألة من فروع القاعدة . وأما الشافعية فجعلوها من الصور التي خرجت عن القاعدة . الروضة (٧٢/٨ ، ٧٣) . والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٥٢ ، ١٥٣) ، ط الحلبي . وابن عابدين (٣٨٣/٣) . والأشباه والنظائر لابن نجيم (١٥٩) ، ط الحلبي .

(٤) هذه الرواية عن مالك هي مقابل المشهور ، والمشهور روايتان ، أطلقهما أهل المذهب دون ترجيح . قالوا : هل يختص بها ، وشهره المازري ، أو يعرضه على طالبها فيشاركه فيها من شاء منهم ، وشهره عياض روايتان . ورُوِيَ : تباع عليهم فما خسر فعليه ، والربح بين الجميع ، وقيل : يقسم بينهم بالحصص بالثمن الأول . وقد فصل ابن رشد في البيان المسألة . هذا هو المعتمد في حكاية مذهب الإمام مالك ، وبه يعلم ما في إطلاق القول برواية هي مقابل المشهور ، بل اقتصر على الروايتين الأولين غير واحد من الشراح ، تاركين لهذه الرواية ، البيان والتحصيل (٣٧٧/٩ - ٣٨١) ، شرح الحطاب (٣٧٩/٤) . الشرح الكبير بحاشية الدسوقي (٧٠/٣) . شرح الخرشي (٨٤/٥) ، شرح الزرقاني (٩٢/٥) ، شرح عليش (٥٧٦/٢) .

ويتملك منافعه الصافية ، ويعمل أهل الغنم على رعاية وإصلاح الزرع .

قالا : ولنا أن نستنتج أن قيمة المنافع الصافية من الغنم مضافًا إليها قيمة العمل على إصلاح الزرع كانت في تقديره تعدل قيمة ضرر صاحب الزرع .

ولا ريب أن منافع الغنم ليست مقدارًا ثابتًا ، بل متوقع احتمالي ، بخلاف قيمة الغنم والزرع ، أما قيمة إصلاح الزرع فميسورة التقدير ، فقد قوبل قيمة الضرر المعلومة بمجموع قيمتين إحداهما احتمالية .

ووجه الشبه مع الصيغة المقترحة أن التعويض في الحالتين يقوم على تسليم المضرور - ولفترة من الزمن - مالًا يستثمره من أموال من أحدث الضرر ، ومنفعة الاستثمار احتمالية في الحالين .

وبينهما فارق مهم : فالضرر في قصة سليمان فعلي بخلاف حالتنا ، فليس في هذه القصة تعويض عن ضرر احتمالي لم يتأكد ، بل تعويض عن ضرر ثابت بمنفعة متيقن وجودها ، ظني مقدارها .

وعلى أية حال فالقصة للاستئناس فقط على معقولية الصيغة ، إذ لم ترد السنة بتفسيرها (١) ؛ من ثم لا تصلح دليلًا شرعيًا في هذا المقام ، حتى عند من قال : إن شرع من قبلنا شرع لنا (٢) .

كما أن كثيرًا من العقوبات المالية تجوز شرعًا عندما يقضي بها القاضي عقوبة ، ولا تجوز على سبيل التعاقد ابتداء ، كأروش الجراحات (٣) ، وغير ذلك حيث « يغتفر

---

(١) ورد في تفسير الآية عدة آثار موقوفة ومقطوعة ، تدور حول المعنى الذي ذكراه ، انظرها في الدر المنثور (٣٢٤/٤ ، ٣٢٥) .

(٢) د . محمد أنس الزرقا ، ود . محمد علي القرى ، مرجع سابق ، (ص ٤٦ ، ٤٧) .

(٣) لو سلمنا بأن أروش الجنايات عقوبة مالية ، فإن القياس عليها محل نظر .

وبيانه أن الشارع نهى نهيًا عامًا عن أكل مال الغير بالباطل ، ثم وردت نصوص بإخراج بعض الصور عن النهي العام ، ويبقى ما عداها محل النهي ، ويكون تخصيص ما لم يرد فيه نص وهو واقع تحت النهي العام قياسًا على ما ورد فيه تخصيص من باب التخصيص بالقياس ، وهي مسألة أصولية محل نزاع وتفصيل لا بد أن يؤخذ في الاعتبار ، ولا يهجم على المسألة دونه ، راجع الإحكام للآمدي (٣١٣/٢) ، والبحر المحيط (٤٨٩/٤) ، والمحصول (٩٦/٣) ، وإرشاد الفحول (٥٦٧/١) .

هذا هو المسلك المعتبر في المسألة ، أما تحويل المستثنى المخصص إلى قاعدة عامة وإطلاقها ، وتناسي أصل الشرع =

في القضاء من المعاوضة ما لا يغتفر ابتداء ، فبيع الرطب بالتمر لا يجوز في غير العرايا ، ويجوز في المعاوضة عند الوفاء » [١] .

من ثم فهذه الصيغة بعيدة عن مسألة أقرضني وأقرضك الممنوعة شرعًا ، حيث يتعاقد طرفان ابتداء على أن يقرض أحدهما الآخر مقابل أن يقرضه فيما بعد .

كما أن هذه الصيغة بعيدة عن اشتراط القرض المماثل الذي اقترحه محمد باقر الصدر ، والتي لم تلق رواجًا عند العلماء ، حيث اقترح أن يشترط البنك على المقترض تقديم قرض للبنك مماثل للفائدة الربوية .

كما أنها بعيدة عن القروض المقابلة للودائع ، والتي لم يجدها مجلس الفكر الإسلامي طريقًا صحيحًا للتمويل اللاربوي عمومًا [٢] .

الموافقات بين الآراء :

١ - النظام القضائي المرتضى شرعًا لا يجوز أن تكون إجراءاته مطولة بطيئة ، مما يؤدي إلى تفاقم المشكلات .

٢ - الحل الشرعي هو العقوبة غير المالية ، والعقوبة المالية عند من اقترحها إنما هي

= في الباب ، فهذا ما لا ينبغي الوقوع فيه ولا قبوله . ولا يعني هذا ميلنا إلى هذا الرأي أو ذاك في المسألة ، إنما يعنينا في المقام الأول تمحيص أدلة الأقوال ، والوقوف على حقيقة المسألة حتى نتمكن في النهاية من الوصول إلى الرأي الأقرب للصواب ، وعلى هذا جرينا في مناقشة أدلة الفرقاء .

أما عن أروش الجنايات فالذي قرره فقهاء المذاهب الأربعة أن الدية والأرش بدل عن النفس أو بعضها ، فقال الشافعية : الدية بدل عن النفس المقتولة .

وقال الحنفية : الدية في الشرع اسم للمال الذي هو بدل للنفس ، والأرش اسم للواجب فيما دون النفس . ولهم تعريف آخر للدية ، وهو : أنها اسم لضمان تجب بمقابلة آدمي أو طرف منه .

وقال المالكية : الدية مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدرًا شرعًا لا باجتهاد . وقال بعضهم : مال يجب بقتل آدمي حر عوضًا عن دمه .

وقال الحنابلة : الدية هي المال المؤدى إلى مجني عليه أو وليه بسبب جناية . قالوا : وهي في مال الجاني ؛ لأن بدل المتلَف على المتلِف ، وأرش الجناية على الجاني .

ولنا بعد هذا أن نتساءل : هل البدل أو العوض عقوبة ؟ ولو قلنا بالإيجاب ، فماذا عن أبواب المبادلات والمعاوضات هل تصبح عقوبات هي الأخرى !!!

(١) فتح الباري ، (٥/٦٠) .

(٢) د. محمد أنس الزرقا ، ود. محمد علي القرى ، مرجع سابق ، (ص ٤٧ - ٤٩) .

خلاف الأصل سدًّا لذريعة الربا .

٣ - ولهذا فمن يقول بالتعويض المالي يضع من الشروط والقيود ما يرى أنها كفيلة بالبُعد عن شبهة الربا ، في حين يرى المانعون أن مثل هذه الشروط والقيود غير كافية (١) للبُعد عن الربا عند من منع لعلة الربا ، أو غير كافية لتجويز إباحة مال الغير دون سبب شرعي عند من يرى منع العقوبة بالمال مطلقًا .

مزايا ومحاذير :

لا شك أن أهم مزية للرأي الثاني بالمنع أنه بعيد تمامًا عن شبهة الربا ، لكنه في نفس الوقت ليس في المتناول اليوم في ظل الظروف الفعلية .

أما الرأي الثالث الذي يجيز التعويض عن الضرر فيؤخذ عليه أنه وإن كان بعيدًا عن شبهة الربا ، إلا أنه قلما يحمي المؤسسات المالية الإسلامية ؛ إذ يندر أن تؤدي المماطلة إلى عجزها عن التزاماتها .

أما الرأي الأول الذي ينادي بالتعويض المالي عن الربح الفائت فأبرز مزية له أنه يعالج الظلم في ظل نظام قضائي غير إسلامي ، وأكبر محاذيره أنه قد يتخذ ذريعة إلى الربا .

أما الرأي الرابع بدفع التعويض لغير الدائن ، بل لحساب صندوق خاص مهمته تعويض المضارين ، فيحتاج إلى وجود نظام إسلامي متكامل ، وهو ما نفتقده الآن .

وأما دفع التعويض لجهات خيرية فمع بُعده عن الربا وسهولة تطبيقه ، إلا أنه لا يجبر الضرر الذي أصاب الدائن (٢) .

أما الرأي السادس فمع كونه مناسبًا للضرر المراد إزالته حيث إنه لا يتجاوزه ، ولا يقصر دونه ، إلا أنه لم يراع مدى إيسار المماطل الذي ربما قصرت قدرته عن دفع قدر مماثل لما أخذه فضلًا عن دفع ما يستحق عليه بالفعل ، كما أنه قد لا يحقق إزالة الضرر عن الدائن الذي يرتبط رواج نشاطه بوقت دون آخر .

ومهما يكن ، فإن هذه الصيغة ربما تلبي الحاجة في كثير من الصور ، وإن عجزت عن بعضها ، مما يمكن حله عن طريق صيغ أخرى أكثر ملاءمة ، وهو ما تُقَدِّم جزءًا منه

(١) د. محمد أنس الزرقا ، ود. محمد علي القرى ، مرجع سابق ، (ص ٣٨) .

(٢) د. محمد أنس الزرقا ، ود. محمد علي القرى ، مرجع سابق ، (ص ٤١ - ٤٣) .

بقية الآراء وغيرها ، مما قد يجِدُّ من اقتراحات حول المشكلة .

فليس من الضروري أن يكون هناك حلًّا واحدًا لجميع الصور والحالات ، بل يجوز أن يكون هناك أكثر من حل - بشرط جوازها الشرعي - يختار المتعاقدان ، أو المحكَّم ، أو القاضي ما يرونه مناسبًا للحالة المعروضة عليه .

* * *

الفَصْلُ الثَّانِيْ : حكم العقوبة المالية في المذاهب الأربعة

لاحظنا أن الآراء السابقة جميعها - عدا الرأي الثاني - تؤول في مجملها إلى جواز العقوبة بالمال ، وهو ما نفاه بشدة الدكتور البوطي . وبوجه عام فإنه قد شاعت مسألة التغريم بالمال على كافة المستويات ، كما أصبحت غرامة التأخير الوجه الآخر للفائدة في كثير من الأحوال ، حيث جرى تغيير بعض الأسماء (١) إلى أسماء لا تثير الشبهات الربوية ، مع بقاء المسميات كما هي ، وكأن القضية قضية أسماء .

فمهما قلنا بجواز العقوبة المالية في صور معينة ، فإنه لا بد أن يعاد النظر في الواقع الحالي بتمحيص ونقد واسعين ؛ حتى تظل القواعد الشرعية المستقرة مستقرة كما هي دون تلاعب ، وحتى يظل الاستثناء في إطاره الخاص ، ولا يُحَوَّل بمرور الزمن إلى سابقة ، ثم إلى قاعدة ؛ حتى تظل الأسماء مطابقة لمسمياتها دون تلاعب .

ولأهمية هذه المسألة فلا بد من تناولها بالتفصيل .

ومما قاله الدكتور البوطي في هذا الصدد : إن هذه المسألة ليست مما وقع به الخلاف بين الأئمة ... فليس فيها مجال لأي بحث مقارن (٢) ، ثم قال بعد ذلك عن التعزير على الجنايات المختلفة بغرامات مالية عليها تؤخذ امتلاكًا : إنه تم فيها إجماع الأئمة على منع ذلك (٣) .

فما حقيقة حكم المسألة في المذاهب الأربعة ؟

---

(١) كتغيير اسم الفائدة الربوية إلى العائد .

(٢) الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ، مرجع سابق ، (ص ١٤٨) .

(٣) الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ، مرجع سابق ، (ص ١٦٤) .

مذهب السادة الشافعية ﷺ :

قال الدكتور البوطي : « اتفق علماء الشافعية على أن من استحق التعزير بارتكاب ما لا حد فيه من الجنايات أو المحرمات كان للإمام أن يعزره بضرب أو سجن أو تغريب أو تشهير بين الناس ، أو إغلاظ له في القول ، ولم يزيدوا على هذه الوسائل شيئًا آخر ، ولو كان التعزير بأخذ المال جائزًا عندهم لذكروه » (١) .

وكما ترى فإن استدلال الدكتور البوطي إنما هو بمقتضى كلامهم ، وإنما يصح له هذا الاستدلال إذا كان ما ذكروه من طرق التعزير على سبيل الحصر .

فهل تساعد نصوصهم على هذا ؟

إن نصوص السادة الشافعية ﷺ في المسألة تقتضي أن ما ذكروه إنما هو على سبيل التمثيل لا الحصر ، وقد صرح به بعضهم كما ستراه فقال : إن قضية الكلام الحصر وليس مرادًا ، أضف إلى هذا ما صرحوا به من أن التعزير متروك لاجتهاد الإمام يعمل فيه بما يراه ، وهذا يمنع إرادة الحصر فيما ذكروه من طرق التعزير .

قال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله :

« من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة ... عزر على حسب ما يراه السلطان » (٢) .

وقال النووي رحمه الله :

« جنس التعزير من الحبس أو الضرب جلدًا أو صفعًا إلى رأي الإمام فيجتهد ، ويعمل ما يراه من الجمع بينهما ، والاقتصار على أحدهما ، وله الاقتصار على التوبيخ باللسان ، وأما قدر التعزير فإن كان من غير جنس الحد كالحبس تعلق باجتهاد الإمام » (٣) .

وقال النووي رحمه الله أيضًا في المنهاج :

« يعزر في كل معصية لا حد لها ولا كفارة بحبس ، أو ضرب ، أو صفع ، أو توبيخ ، ويجتهد الإمام في جنسه وقدره .. » .

---

(١) الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ، مرجع سابق ، (ص ١٥٢) .

(٢) الشيخ أبو إسحاق الشيرازي ، المهذب ، ط الحلبي ، (٣٠٦/٢) .

(٣) النووي ، روضة الطالبين ، مرجع سابق ، (١٧٤/١٠) ، ولا يخفى أنه زاد التوبيخ بعد أن ذكر الحبس

قال الشيخ الخطيب رَحِمَهُ اللَّهُ في شرحه عليه :

« ... وقضيته الحصر فيما ذكره ، وليس مرادًا ؛ فإن من أنواع التعزير النفي كما ذكره في باب حد الزنا » (١) .

ونص عليه في الأم (٢) ، و قد ثبت في الحديث نفي المخنثين (٣) ، ومنه - أي التعزير - كشف الرأس والقيام من المجلس والإعراض كما ذكره الماوردي ... وقوله : ويجتهد الإمام في جنسه وقدره ؛ لأنه غير مقدر شرعًا ، موكل إلى رأيه يجتهد في سلوك الأصلح ؛ لاختلاف ذلك باختلاف مراتب الناس ، وباختلاف المعاصي ، فله أن يشهر في الناس ما أدى اجتهاده إليه (٤) .

فهذا ظاهر الدلالة على نفي الحصر ، وأن نصوص السادة الشافعية ﷺ التي استند إليها الدكتور البوطي لا تساعده على دعواه ، على أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا

(١) الضمير في قوله : كما ذكره يعود إلى النووي ، والمذكور إنما هو التغريب لا أن التغريب من باب التعزير ، فالذي في المنهاج في باب حد الزنا : « والبكر الحر مائة جلدة وتغريب عام إلى مسافة قصر فما فوقها ، وإذا عين الإمام جهة فليس له طلب غيرها في الأصح .. » فليس في المنهاج أن من التعزير تغريب الزاني البكر ، ولا تَعَرُّضَ فيه للنفي غير ما ذكرنا ، ولا ذِكْر لذلك أيضًا في باب حد الزنا من الروضة (٨٦/١٠) ، ولا نبه عليه الشيخ الخطيب في شرحه عليه (١٤٧/٤ ، ١٤٨) . نعم في باب قاطع الطريق من المنهاج (ص ١٣٤ ، ط الحلبي) : ومن أعانهم - يعني من أعان قطاع الطرق - وكثر جمعهم عزر بحبس وتغريب وغيرهما ، وقيل : يتعين التغريب إلى حيث يراه - يعني الإمام » . وهو يثبت مراد الشيخ الخطيب أن من أنواع التعزير : النفي .

(٢) قال الإمام الشافعي في الأم (١٣٢/٦) : « النفي ثلاثة وجوه ، منها : نفي نصًا بكتاب الله ﷻ ، وهو قول الله ﷻ في المحاربين : ﴿ أَوْ يُنفَوْا مِنَ ٱلْأَرْضِ ﴾ [المائدة: ٣٣] ... والنفي في السنة وجهان : أحدهما ثابت عن رسول الله ﷺ ، وهو نفي البكر الزاني يجلد مائة وينفى سنة ... والنفي الثاني : أنه يروى عن النبي مرسلًا أنه نفى مخنثين كانا بالمدينة ... وقد رأيت أصحابنا يعرفون هذا ، ويقولون به حتى لا أحفظ عن أحد منهم أنه خالف فيه ، وإن كان لا يثبت كثبوت نفي الزنا » .

وقال أيضًا (١٤٣/٦) : « فإن زنى بكر بامرأة ثيب رجمت المرأة ، وجلد البكر مائة ونفي سنة ، ثم يؤذن له في البلد الذي خرج منه ، وينفى المرأة والرجل الحران معًا إذا زنيا ... » .

وقال في مختصر المزني (١٦٦/٥) : « فإن لم يحصن جلد مائة وغرب عامًا عن بلده بالسُّنة » . فليس في كلامه أيضًا في حد الزاني تصريح بأن نفي الزاني من باب التعزير .

(٣) وكذلك قال النووي في الروضة ، (٩٠/١٠) : وثبت في الحديث نفي المخنثين وهو تعزير . وراجع أحاديث المخنثين ، والأمر بإخراجهم من البيوت في مجمع الزوائد (٢٧٣/٦) ، (١٠٢/٨ - ١٠٤) .

(٤) النووي ، المنهاج ، مع الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج في شرح المنهاج ، ط الحلبي ، (١٩١/٤ ، ١٩٢) .

الاعتراض ترجيح المقابل وهو الجواز ، أو ميلنا إليه ، غاية الأمر هو تحرير المقام فيما يستدل به لهذا الرأي أو ذاك دفعًا وإيرادًا ، فإنه لا يفيد الرأي الراجح الدليل الواهي ، بل لعله أن يشكك في أرجحيته .

وأصرح ما ترى للسادة الشافعية ﷺ في هذا المقام ما نقله الربيع عن الشافعي – رحمهما الله – في كلام له يأتي بتمامه ، وفيه قال : « إنما العقوبة في الأبدان لا في الأموال » .

ولكن إنما قاله الشافعي رحمه الله في معرض رد تضعيف الغرامة ، وسيأتي تمام نصه في محله .

ومن صريحه أيضًا ما نقله الأخميمي عن الغزالي رحمه الله من قوله : « العقوبة بالمال لا عهد بها في الإسلام ولا تلائم تصرفات الشرع ؛ لأنها لم تتعين لمشروعية العقوبات البدنية بالسجن ، والضرب ، وغيرهما » (١) . وهذا مما يحتاج الكشف عنه لمعرفة سباقه وسياقه .

وقال الأردبيلي رحمه الله : « ولا يجوز – يعني التعزير – بحلق اللحية ، ولا بأخذ المال » (٢) .

وأما ما نقله بعض متأخري السادة الشافعية في باب التعزير من أنه « لا يجوز على الجديد بأخذ المال » ، كالشيخ عميرة (٣) رحمه الله في حاشيته على شرح المحلي رحمه الله على

(١) محمد بن محمد كمال الدين الأزهري الأخميمي ، فصل المقال في الجواب عن حادثة السؤال ، ونفي العقوبة بالمال ، ط الحلبي ، (١٣٤٠) ، (ص ٤٠) .

(٢) الأنوار للأردبيلي ، (٥٢١/٢) ، ط مؤسسة الحلبي ، (١٣٩٠ / ١٩٧٠) .

وقوله بحلق اللحية متعقب : قال ابن حجر في تحفة المحتاج : « وظاهره حرمة حلقها ، وهو إنما يجيء على حرمته التي عليها أكثر المتأخرين ، أما على كراهته التي عليها الشيخان – يعني الإمامين الرافعي والنووي – وآخرون فلا وجه للمنع إذا رآه الإمام » .

ومواد كتابه الأنوار لأعمال الأبرار على ما ذكره في مقدمته هي أمهات كتب الأصحاب المتقدمين ، لكن ما تيسر من هذه المصادر كالروضة والحاوي للماوردي والمهذب والحاوي الصغير ، لا يذكرون هاتين المسألتين في التعزير ، مما يشير إلى أن ذلك من كلام المتأخرين من الأصحاب أو من كلامه هو نفسه وهو من المتأخرين (كان رحمه الله في القرن الثامن) ، ويؤكد هذا ما سبق من تعقيب ابن حجر عليه من أن التعزير بحلق اللحية إنما يجيء على حرمته التي عليها أكثر المتأخرين ... ، كما أن الأردبيلي ترجم عليها بقوله : تذنيب ، بعد أن ذكر المسائل المعتاد ذكرها في كلام الأصحاب في هذا الباب ، ثم قال : تذنيب : ... ولا يجوز بحلق اللحية ولا بأخذ المال » . والتذنيب في اصطلاحهم : جعل شيء عقيب شيء من غير احتياج من أحد الطرفين (التعريفات للجرجاني ، ص ٥٥ ، ط دار الكتب العلمية) .

(٣) حاشية عميرة على شرح المحلي : (٢٠٥/٤) .

المنهاج ، والشيخ علي الشبراملسي رحمه الله في حاشيته على شرح الرملي رحمه الله على المنهاج [١] ، ونقله الأخميمي رحمه الله أيضًا عن الداغستاني رحمه الله في حاشيته على التحفة ، وابن القاسم رحمه الله على المنهج [٢] ؛ فمثل هذه العبارة يحتاج إلى تتبع لمصدرهم فيها ، حيث يلاحظ أن المتقدمين على هذه الطبقة لم ينقلوا هذه المسألة في باب التعزير ، وليس غير ما تقدم نقله مع اطلاعهم على أصل المسألة .

وكأنها مأخوذة من مسألة مانع الزكاة ، فهي التي فيها القولان : القديم ، والجديد . كما أن محلها مختلف عن مسألة البحث ، فمسألة مانع الزكاة الكلام فيها من باب إضعاف القيمة ، ومسألتنا ليست كذلك ، وبيان ذلك ما يلي :

قال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله :

« وإن منعها بخلًا بها أخذت منه وعُزِّرَ . وقال في القديم : تؤخذ الزكاة وشطر ماله عقوبة له ، لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « **ومن منعها فإنا آخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا ليس لآل محمد فيها شيء** » [٣] . والصحيح هو الأول ؛ لقوله ﷺ : « **ليس في المال حق سوى الزكاة** » [٤] ، ولأنها عبادة فلا يجب بالامتناع عنها أخذ شطر ماله كسائر العبادات [٥] .

قال النووي رحمه الله شارحًا عليه :

« وهل يؤخذ معها نصف ماله عقوبة له ، فيه طريقان - يعني في حكاية مذهب الشافعي - :

---

(١) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج للرملي ، (١٩/٨) .

(٢) نقله عنهما الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص : ٣٤) ، وعبارتهم كالواحدة .

(٣) أخرجه أحمد ، والنسائي ، وأبو داود ، والحاكم ، والبيهقي . واختلاف أهل الحديث في بهز بن حكيم وحديثه مشهور . وسئل أحمد عن هذا الحديث فقال : ما أدري وجهه . وسئل عن إسناده فقال : « صالح الإسناد » ، يعني عند المتابعة والشواهد ، (الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٢٣) ، والحاصل من الكلام على الحديث أنه ليس حجة في نفسه ، ويحتاج إلى شاهد أو متابع .

(٤) قال النووي في المجموع ، (٣٣٢/٥) : حديث « ليس في المال حق سوى الزكاة » ضعيف جدًا لا يعرف . وقال البيهقي في السنن الكبيرة : والذي يرويه أصحابنا في التعاليق : « ليس في المال سوى الزكاة » لا أحفظ فيه إسنادًا .

(٥) المهذب للشيرازي ، (١٤٠/١) .

أحدهما : القطع بأنه لا يؤخذ ، وممن صرح بهذا الطريق القاضي أبو الطيب في تعليقه ، والماوردي ، والمحاملي في كتبه الثلاثة ، والمصنِّف - يعني أبا إسحاق الشيرازي - في التنبيه ، وآخرون ، وحكوا الأخذ عن مالك . قيل : وليس هو مذهبه أيضًا .

والطريق الثاني : وهو المشهور ، وبه قطع المصنف هنا ، والأكثرون فيه **قولان** : **الجديد** : لا يؤخذ . **والقديم** : يؤخذ .

وذكر المصنف - يعني الشيرازي - دليلهما - يعني دليل القول الجديد والقول القديم - واتفق الأصحاب على أن الصحيح : أنه لا يؤخذ » [١] .

ومما سبق تعلم أن محل القولين إنما هو في مسألة مانع الزكاة هل يعزر بأخذ نصف ماله ؟

ولعل هذا يوضح عدم ذكر المتقدمين - ممن تيسر الوقوف على نصوصهم - على طبقة أصحاب الحواشي لذلك في باب التعزير ، وأقدم من رأيناه صنع ذلك هو الأردبيلي الذي تقدم نقل كلامه ، وهو من أهل القرن الثامن .

والحاصل هنا : أن جعل القول الجديد في مطلق التعزير يحتاج إلى تأمل وتقصي ، كما يحتاج الأمر إلى استقراء كلام متقدمي السادة الشافعية استقراءً تامًّا ، خاصة مع نص الأردبيلي رحمه الله السابق . وإنما ننبه على ذلك لما علمته من كلام الشيخ أبي إسحاق الشيرازي رحمه الله من خصوصية الزكاة بكونها عبادة ، فلا يجب بالامتناع عنها أخذ شطر ماله كسائر العبادات . ومن هنا كان نقل هذين القولين إلى مطلق التعزير بحاجة إلى ما دعونا إليه من التأمل .

أما عن دليل القديم ، وهو حديث بهز فقال عنه **الشافعي** رحمه الله : « هذا الحديث - يعني حديث بهز - لا يثبته أهل العلم بالحديث ، ولو ثبت لقلنا به » [٢] .

وعن **الربيع عن الشافعي** رحمهما الله : « لا تضعف الغرامة على أحد في شيء . إنما العقوبة في الأبدان لا في الأموال . وإنما تركنا تضعيف الغرامة من قبل أن رسول الله ﷺ قضى فيما أفسدت ناقة البراء بن عازب أن على أهل الأموال حفظها بالنهار ، وما أفسدت المواشي بالليل فهو ضامن على أهلها ، قال : فإنما يضمنونه بالقيمة لا بقيمتين » [٣] .

---

(١) المجموع للنووي ، (٥/٣٣٤) . (٢) المجموع للنووي ، (٥/٣٣٢) .

(٣) كتاب الاختلاف مع مالك للشافعي ، آخر كتاب الأم (٧/٢١٥) ، ط الشعب ، ومعرفة السنن والآثار =

ولكلام الإمام **الشافعي** رحمه الله تتمة تأتي عند الحديث على أثر سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في فصل أدلة المجوزين . ومن الواضح أن محل الكلام هنا في تضعيف القيمة .

قال النووي رحمه الله : « وأجابوا هم - يعني الأصحاب - والشافعي والبيهقي في معرفة السنن عن حديث بهز بأنه منسوخ ، وأنه كان حين كانت العقوبة بالمال كما ذكره المصنف .

وقال البيهقي رحمه الله - فيما نقله عنه الأخميمي - : « والناسخ له حديث ناقة البراء ؛ لأنه ﷺ حكم عليه بضمان ما أفسده ، ولم ينقل عنه أنه ﷺ في تلك القضية أضعف الغرامة » [(١)] .

قال النووي رحمه الله : « وهذا الجواب ضعيف لوجهين :

أحدهما : إنما ادعوه من كون العقوبة كانت بالأموال في أول الإسلام ليس بثابت ولا معروف .

والثاني : أن النسخ يصار إليه إذا علم التاريخ ، وليس هنا علم بذلك .

والجواب الصحيح : تضعيف الحديث » [(٢)] .

وقال النووي رحمه الله في الروضة : « النسخ يحتاج إلى دليل ، ولا قدرة لهم عليه هنا » [(٣)] .

ونقل في التلخيص عن النووي رحمه الله أيضًا قوله : « الذي ادعوه من كون العقوبات بالأموال في ابتداء الإسلام ليس بثابت ولا معروف ، ودعوى النسخ غير مقبولة مع الجهل بالتاريخ » [(٤)] .

ومقتضى كلام النووي رحمه الله - أو هكذا فهمته - أن العقوبة بالمال بتضعيف الغرامة كانت محرمة مطلقًا من أول الإسلام ، ولم تكن قط مباحة ، فتأمله .

ثم قال النووي رحمه الله في ذكر خلاف العلماء في المسألة :

=للبيهقي (٤٢٥/١٢ ، ٤٢٦) ، نشر جامعة الدراسات الإسلامية ، ودار قتيبة ، ودار الوعي ، ودار الوفاء . والسنن الكبرى (٢٧٩/٨) ، ط حيدر آباد الدكن .

(١) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٢٣ ، ٢٤) .

(٢) المجموع للنووي (٣٣٤/٥) .

(٣) روضة الطالبين للنووي (٢٠٩/٥) .

(٤) تلخيص الحبير (١٦١/٢) ، بتحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني ، ط الفنية ، (١٣٨٤/١٩٦٤) . الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٤٠) .

« مذهبنا أنه تؤخذ منه الزكاة ، ولا يؤخذ شطر ماله ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . قال العبدري : وبه قال أكثر العلماء . وقال أحمد : تؤخذ منه الزكاة ونصف ماله عقوبة له ، وهو قول قديم لنا كما سبق » (١) .

ومن الجدير بالملاحظة هنا أن الحديث عن كون الغرامة قيمة واحدة ، لا قيمتين ، فأثبت الشافعي ﷺ الغرامة بالقيمة في المسألة المذكورة .

فمحل هذا الكلام والفرق بينه وبين مسألة البحث واضح .

وقال ابن الأثير : « الأصل أن لا واجب على متلف الشيء أكثر من مثله ، وقد قيل : إنه كان في صدر الإسلام تقع العقوبات في الأموال ثم نسخ .. وكان عمر بن الخطاب ﷺ يحكم به ، وإليه ذهب أحمد بن حنبل ، وخالفه عامة الفقهاء » (٢) .

وقد تنازع العلماء في دعوى النسخ في الباب ، فممن ذهب إلى النسخ ابن رشد ، وسيأتي نقل كلامه في بيان مذهب السادة المالكية ﷺ ، ومنهم أيضًا الطحاوي رحمه الله فنقل عنه الأخميمي (٣) قوله : إنه لو صح - يعني حديث ابن عمر في تحريق متاع الغّال - يحمل على أنه كان ؛ إذ كانت العقوبات بالأموال ، كأخذ شطر المال من مانع الزكاة ، وضالة الإبل ، وسارق التمر ، وكل ذلك منسوخ . وقال الطحاوي رحمه الله أيضًا (٤) : « فأما ما في حديث سعد من إباحة سلب الذي يصيد صيد المدينة ، فإن ذلك كان في وقت ما كانت العقوبات التي تجب في الأموال ، وله نظائر كثيرة .. ثم نسخ ذلك في وقت نسخ الربويات ، فردت الأشياء المأخوذة إلى أمثالها إن كان لها أمثال ، وإلى قيمتها إن كان لا مثل لها ، وجعلت العقوبات في انتهاك الحُرَم في الأبدان لا في الأموال » .

وقال الأخميمي رحمه الله : « وما ذكرناه ... من النسخ ، والإجماع ذهب إليه أئمة من العلماء من الحنفية ، والشافعي في الجديد ، والمالكية ... » (٥) ، ثم أخذ في نقل نصوصهم مما سبق وذكرنا كثيرًا منه .

وقال الأخميمي رحمه الله أيضًا : « فإن قلتَ : قد قدمت عن الأئمة أن جميع ما ورد فيه

---

(١) المجموع للنووي ، (٣٣٦/٥ ، ٣٣٧) . (٢) جامع الأصول ، (٧٠٥/١٠) .
(٣) مرجع سابق ، (ص ١١) .
(٤) نقلًا عن الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ١٤) .
(٥) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٣٩ ، ٤٠) .

العقوبة بالمال منسوخ ، ولم يبين الناسخ فأي ناسخ له ؟

قلتُ - القائل الأخميمي - : لا بحث لنا فيه ؛ لأنهم أمناء على الشريعة ، وصلنا الدين منهم فلا يسألون ، وإلا لزم أن كل مسألة نبحث فيها عن الدليل ، وإن عورض نبحث عن ناسخه .

على أن نقلهم الإجماع حجة يجب علينا اتباعه ...

على أنه ربما يقال : إن ابن الشماع أشار إلى الناسخ في رده على البرزلي حيث قال : كأن لم يقرع نهي الله عن أكل المال بالباطل الأسماع ... كأن الرسول ﷺ ما عظم تحريم ذلك بحضر الأشهاد في حجة الوداع ... قال الأخميمي : يشير إلى حديث : « **إنما دماؤكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام** » (١) الحديث ، وهو فيما نعلم متأخر عن الآثار المتقدمة » (٢) .

ومن الواضح أن هذا الجواب من الأخميمي عليه من الاعتراض ما لا يخفى .

مذهب السادة المالكية ﷺ :

قال الدكتور البوطي : لم يقع خلاف عند المالكية في أنه لا يجوز التعزير بأخذ المال ، وعباراتهم في بيان هذا الحكم أصح وأقطع من عبارات غيرهم من علماء المذاهب الأخرى .

قال الدسوقي رحمه الله في حاشيته على الكبير :

« ولا يجوز التعزير بأخذ المال إجماعًا ، وما روي عن الإمام أبي يوسف فمعناه كما قال البزازي » (٣) ، وسيأتي بيان ما قاله البزازي رحمه الله عند عرض مذهب السادة الحنفية .

وقال الونشريسي أيضًا - فيما نقله عنه الأخميمي - : « أما مسألة العقوبة بالمال فقد نص العلماء على أنها لا تجوز بحال ، وفتوى البرزلي بتحليل المغْرَم الملقب بالخطايا لم يزل الشيوخ يعدونها من الخَطَا ، ويقبضون عن متابعتها الخُطَا » (٤) .

وقال البناني رحمه الله : « لا قائل بالعقوبة بالمال في المذهب أصلًا » (٥) .

---

(١) البخاري (١٠٥) ، ومسلم (١٦٧٩) ، وغيرهما .

(٢) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٤٣ ، ٤٤) .

(٣) د . البوطي ، مرجع سابق ، (ص ١٥٤) ، وحاشية الدسوقي (٣١٥/٤) .

(٤ ، ٥) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٤٣) .

وقال الأخميمي رحمه الله : « ليس في مذهب مالك قول بجواز العقوبة بالمال إلى عصر البرزلي في أوائل القرن التاسع فيما علمت ، وقد أفتى بها هو ، وخطَّأه المعاصرون له ، وعدوه خارقًا للإجماع ، وكانت سرت له هذه البدعة في المذهب من كتب ابن القيم وشيخه ، ولم تزل الشيوخ من بعدهم يعدونها من الخطأ ، كما نص عليه البناني وغيره [1] .

ونقل ابن رشد رحمه الله أيضًا الإجماع على ذلك ، قال في البيان :

« لأن العقوبات في الأموال أمر كان في أول الإسلام ، ثم نسخ ذلك كله بالإجماع على أن ذلك لا يجب ، وعادت العقوبات في الأبدان » [2] .

وقال ابن العربي رحمه الله : « لا عقوبة في الأموال ، ولكن يؤدب لجنايته بخيانته – يعني الغالَّ – بالإجماع » [3] .

وفي ذلك أمور :

أولها : دعوى أن العقوبات في الأموال أمر كان في أول الإسلام ، وقد سبق في كلام النووي رحمه الله أن هذا ليس بثابت ولا معروف .

ثانيها : دعوى النسخ رد عليه النووي رحمه الله أيضًا كما سبق ، بل قال رحمه الله في الروضة : « النسخ يحتاج إلى دليل ، ولا قدرة لهم عليه هنا » [4] .

ثالثها : قولهم : نسخ ذلك كله بالإجماع ، فيه دعوى النسخ بالإجماع ، والإجماع لا يُنْسَخ ، ولا يُنْسَخ به عند الجمهور كما هو مقرر في الأصول [5] .

رابعها : دعواه الإجماع منتقض بما صح عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وما روي عن الإمام أحمد رحمه الله كما هو مبين في محله .

---

(١) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٣) .

(٢) البيان والتحصيل (٢٩٧/١٦) ، ط دار الغرب الإسلامي ، (١٩٨٦م) .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ، (٣٠٢/١) ، ط عيسى الحلبي ، (١٣٨٧/١٩٦٧) .

(٤) روضة الطالبين للنووي (٢٠٩/٥) .

(٥) المستصفى ، (١٢٦/١) ، مطبعة الأميرية (١٣٢٥) ، والمنهاج للبيضاوي بشرح الإبهاج للسبكي (٢٥٣/٢) ، (دار الكتب العلمية ط ١ ، ١٤٠٤/١٩٨٤) ، البحر المحيط للزركشي (١٢٨/٤) ، ط الكويت ، إرشاد الفحول للشوكاني ، (ص ١٩٢) ، (ط الحلبي د.ت) .

على أن بعض أئمة المالكية ﷺ ذهب إلى أن التعزير لا يختص بقول ولا بفعل ، ف « قال القرافي رَحِمَهُ اللَّهُ : التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار ، فرب تعزير في بلد يكون إكرامًا في بلد آخر ، والتعزير لا يختص بفعل معين ولا بقول معين . قال الونشريسي رَحِمَهُ اللَّهُ : قال بعض الشيوخ التعزيرات اجتهادية بقدر الفعل والفاعل ووجه الفعل » (١) .

وقال ابن فرحون : العقوبة تكون على فعل محرم ، أو ترك واجب ، أو ترك سنة ، أو فعل مكروه ، ومنها ما هو مقدر ، ومنها ما هو غير مقدر . وتختلف مقاديرها ، وأجناسها ، وصفاتها باختلاف حال الجرائم ، وكبرها وصغرها ، وبحسب حال المجرم في نفسه ، وبحسب حال القائل ، والمقول فيه ، والقول .

والتعزير يكون على ترك واجب مثال منع الزكاة ... ومن ذلك ترك قضاء الديون وأداء الأمانات مثل الودائع ، وأموال اليتامى ، وغلات الوقوف ، وما تحت أيدي الوكلاء ، والمقارضين ، وشبه ذلك ، والامتناع من رد المغصوب والمظالم مع القدرة على أداء ذلك كله إلى أربابه ، فإنه يعاقب على ذلك كله حتى يؤدي ما يجب عليه ..

قال : والتعزير لا يختص بالسوط واليد والحبس ، وإنما ذلك موكول إلى اجتهاد الحاكم ... والتعزير لا يختص بفعل معين ولا قول معين ... ثم أخذ في تقرير ذلك من السنة وفروع العلماء (٢) .

كما أن بعض متأخري السادة المالكية ﷺ ذهب إلى القول بجواز التعزير بأخذ المال ، فقد قال العدوي رَحِمَهُ اللَّهُ : « ويكون التعزير بالمال كأخذ أجرة العون من المطلوب الظالم ، وبالإخراج عن الملك كتعزير الفاسق ببيع داره » (٣) .

وما قاله العدوي رَحِمَهُ اللَّهُ كأنه مأخوذ من ابن العطار رَحِمَهُ اللَّهُ الذي قال في وثائقه : « في إجارة أعوان القاضي إذا لم يكن بيت مال على الطالب ، فإن أدى المطلوب كان إجارة الأعوان عليه ، ومال إليه ابن رشد ، ورده ابن النجار القرطبي وقال : إن ذلك من باب العقوبة في المال ، وذلك لا يجوز على حال » (٤) .

---

(١) المعيار المعرب ، (٤١٦/٢) ، نشر وزارة الأوقاف المغربية .

(٢) تبصرة الحكام ، (٢٠٠/٢ ، ٢٠٢) . (٣) حاشية العدوي على الخرشي ، (١١٠/٨) .

(٤) الاعتصام للشاطبي ، (٣٦٠/٢) ، (ط ١) دار الكتب العلمية ، (١٤٠٨/١٩٨٨) ، والظروف =

لكن قال الأخميمي رحمه الله : « مسألة أجرة العون على الملد من المسائل المهمة التي وقع فيها نزاع بين العلماء ، ثم أخذ في نقل كلام أهل المذهب ، ثم قال : حاصل الفقه أنه متى كان للعون أجرة من بيت المال ، أو من رزق القاضي ، أو من جهة أخرى ؛ فلا يؤخذ من الطالب ، ولا من المطلوب ، وإن لم يكن له أخذ من الطالب ما لم يلد المطلوب »[1] .

كما أفتى الشيخ محمد العربي الفاسي رحمه الله بجوازها في بعض الصور ، فقد سئل عن حال القبائل في الزمان الذي لا سلطان فيه ، أن من قطع منهم طريقًا ، أو نهب مالًا مثلًا لا يمكن زجره إلا بالعقوبة المالية ، ومن رام غير ذلك من العقوبة في البدن تعرض لوقوع ما هو أنكر وأعظم .

فأجاب – يعني الشيخ محمد العربي الفاسي رحمه الله – : إغرام أهل الجنايات ما يكون زجرًا لهم من باب العقوبة بالمال ، والمعروف عدم جوازها ، وأفتى بجوازها الشيخ أبو القاسم البرزلي ، وأملى في ذلك تأليفًا ، ورد عليه عصريه وبلديه الشيخ أبو العباس ابن الشماع خَطَّأَ فيه من يقول بالجواز ، إلا أن كلام ابن الشماع مفروض مع وجود الإمام ، والنازلة المسؤول عنها مفروضة مع عدمه ، وعدم التمكن من إقامة الحدود الشرعية ، وحينئذ إما أن يُهْمَلَ الناسُ ؛ فلا ينزجرون عن مُوجِبات الحدود ، وعظم المفسدة في ذلك يغني عنه العيان عن البيان ، وإما أن يزجرهم من له نوع قدرة على نوع من الزجر ، وذلك هو الجاري على المعروف من الشريعة من تأكيد درء المفاسد ، والإتيان من الأمر بالمستطاع .

والمألوف في الشرع : هو العقوبة البدنية ، والواقع الآن بالمشاهدة أن القبائل التي لا تنالها أحكام السلطان لا تمكن فيهم العقوبة بالأبدان ؛ لأنهم لا يذعنون لمن رام ذلك منهم ، ووقع القطع بأن إرادة تنفيذ ذلك موقع فيما هو أدهى وأمر من الفتنة والفساد ، وقد قال العلماء : لا يغير المنكر إذا لم يؤمن من أن يؤدي إنكاره إلى أنكر منه ، والمشاهد في الوقت أن القبائل بعيدة عن تنفيذ الزواجر فيها على الوجه الشرعي ، ونهيهم دون زجر لا يؤثر ، ثم إن القبيلة قد يتصدى أهل الرأي منهم لتغيير المنكر ، وغاية ما تصل إليه

= المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي ، الدكتور ناصر الخليفي ، مط المدني ، نشر المؤلف ، (ط ١) ، (١٤١٢/١٩٩٢) .

(١) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٥٣ – ٥٧) .

قدرتهم في زجر أهل الفساد ما ألفوه من العقوبة المالية ، فإن تَرَكَ ذلك - وهو غاية المقدور - أدَّى إلى استيلاء الفساد المحظور ، وإن فَعَلَ كان عقوبةً بالمال ، والأقرب في ذلك أن يقال : العقوبة المالية قسمان :

١ - إتلاف ما وقعت به المعصية .

٢ - وأخذ ما لا تعلق له بالجنايات .

فالقسم الأول : عقوبة في المال ، قال الشاطبي : وهي ثابتة عند مالك . **والثاني** : عقوبة بالمال ، وهي ممنوعة ، ولكنها في هذا الزمان محل الضرورة ، وفعلها عام المصلحة كما أن تركها عام المفسدة ، والضرر الحاصل للمعاقب بها أصغر من الضرر الحاصل للناس عامة بتركها ، كما أن المصلحة الحاصلة للناس بفعلها أكبر من المصلحة الحاصلة للجاني ، وهذا يعتمد على قواعد معروفة في الشريعة كلها تقتضي الجواز ، وقد رأيت - الرائي الشيخ العربي رحمه الله - إفيما نسب لأبي جعفر الداودي جوابًا أفتى به بجواز العقوبة بالمال ، فإن صحت نسبة الجواب له ، فهو محمول على اعتبار تعذر الحكم بغيرها كما في زماننا هذا » [1] .

وفي ميارة على الزقاقية : « حاصل ما عند ابن الشماع منع العقوبة بالمال ، وتخطئة من يقول بجوازها ، إلا أن كلام البرزلي ومن رد عليه هو - والله أعلم - مفروض مع وجود الإمام ، وتمكنه من إقامة الحدود ، وإجراء الأحكام الشرعية ، ولا شك أن العدول عنها إلى غيرها حينئذ مع إمكانها تبديلٌ للأحكام ، وحكم بغير ما أنزل الله الموصوف فاعله بالظلم والفسق ، وأما مع عدم الإمام ، وعدم التمكن من إقامة الحدود ، وإجراء الأحكام على أصلها فذاك - والله أعلم - أولى من الإهمال ، وعدم الزجر ، وترك القوي يأكل الضعيف ، فعظم المفسدة في ذلك يغني فيه العيان عن البيان ، وذلك مفض لخراب العمران ، وهدم البنيان ، بل إذا تعذر إقامة الحدود ولم تبلغها الاستطاعة ، وكان التعزير يحتاج إلى إيقاع الزواجر ، وكانت الاستطاعة تبلغ إلى إيقاع تعزير يزدجر به : تنزلت أسباب الحدود منزلة أسباب التعزير ، أي فيجري منها ما هو معلوم في التعزير ، وليس المراد أن الحد يسقط بذلك ، ولكن ذلك غاية ما تصله الاستطاعة في الوقت دفعًا للمفسدة ما أمكن ، فإن أمكن بعد ذلك إقامة الحد أقيم إن اقتضت الشريعة إقامته ، والظالم أحق أن يُحمل عليه » [2] .

---

(١) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٤٤ ، ٤٥) .

(٢) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٤٥ - ٥٧) .

وقد تعقبه الأخميمي رحمه الله - والذي يرى منع العقوبة بالمال مطلقًا - فقال : « عموم النهي عن أكل مال الغير الواقع في الكتاب والسنة ... يرد الفتاوى المذكورة ، وكوننا ندعي أن الفتاوى مخصصة لعموم النهي الواقع فيهما يحتاج إلى نقل من الأئمة ، كما أننا ندعي أن تخصيصها لآيات الحدود يحتاج إلى نقل أيضًا ... وقال : الجواز فيها للضرورة في وقت دون آخر كما يقتضيه صريح الفتاوى المذكورة من منع العقوبة بالمال إلا في وقت الضرورة ... فتمسك المجيز بها على جواز العقوبة مطلقًا خطأ .. قال : والتعاليل التي ذكرن فيها - يعني في الفتاوى - مدفوعة بأن ذلك من باب دفع المظالم بالمظالم ، وهو لا يجوز ، وإن كان فيه سلطان لهم فالواجب عليه إقامة الحدود ، ولو أدى إلى خراب ديارهم وإتلاف عمرانهم حتى يدخلوا في طاعته ؛ لأنهم بغاة ... وترك إقامة الحدود المنبني على تعاليلهم في الفتاوى مدفوع بأن ذلك يجر إلى تعطيل الشريعة ودثورها ، ولكن أنت خبير بأن مثل هذه الفتاوى يأباها مذهب مالك المبني على سد الذريعة ؛ لأنها تخالف المنقول من رواية مالك والإجماع والنصوص ، ثم أخذ في نقل نصوص أهل المذهب بما يخالف الفتاوى المتقدمة » (١) .

ومن مهمات ما قاله أهل المذهب رضي الله عنهم في ثنايا ما نقله عنهم :

- إن ما ذكر من العقوبة بالمال هو افتئات وتقدم على الله ورسوله بمجرد الشهوة ، والمصلحة إنما هي فيما شرعه الله لعباده ، وقد قال الله تعالى : ﴿ فَلْيَحْذَرِ ٱلَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِۦٓ أَن تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ [النور: ٦٣] ، ومن لا تصلحه السنة ، لا تصلحه البدعة .

- فتح هذا الباب والقول به يجر إلى تعطيل الشرائع ودثورها والرجوع إلى قوانين وسياسات كسياسات كسرى وقيصر .

- ومن لطيف ما نقله قول البناني رحمه الله : « اللّهم لا تسامح من نقل مثل هذه الأقوال » .

هذا حاصل ما دار بين أئمة المالكية رضي الله عنهم أخذًا وردًّا .

العقوبة بالمال وفي المال عند السادة المالكية رضي الله عنهم :

ومن ناحية أخرى ، فإن للمالكية رضي الله عنهم فرق مهم تفردوا بالتصريح به ، وهو الفرق بين

(١) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٤٦) .

العقوبة بالمال ، والعقوبة في المال ، وهذا الفرق يصلح أن يقدم حلًّا للمشكلة .

يلوح لنا في ثنايا نصوص السادة المالكية ﷺ المتقدمة الحديث عن العقوبة بالمال ، والعقوبة في المال ، فما حقيقة المسألة ؟

« قال أبو إسحاق الشاطبي : العقوبة المالية عند مالك ضربان : أخذه عقوبة عن الجناية ، وإتلاف ما فيه الجناية أو عوضه عقوبة للجاني .

والأول : العقوبة بالمال ، ولا مرية في أنه غير صحيح .

والثاني : العقوبة فيه ، وهي ثابتة عنده .

وقال الشيخ محمد العربي الفاسي رحمه الله : العقوبة المالية قسمان :

- إتلاف ما وقعت به المعصية .

- وأخذ ما لا تعلق له بالجناية .

فالأول : العقوبة في المال ، وهي ثابتة عند مالك رحمه الله .

والثاني : عقوبة بالمال ، وهي ممنوعة » (١) .

ومن المسائل التي جوز فيها السادة المالكية ﷺ العقوبة في المال ، ما نقله الأخميمي رحمه الله عن ابن فرحون رحمه الله قال : والتعزير بالمال قال به المالكية ، ولهم فيه تفصيل ذكرت منه في كتاب الحسبة طرفًا ، فمن ذلك :

- سئل مالك عن اللبن المغشوش أيهراق ، قال : لا ، ولكن أرى أن يتصدق به ، إذا كان هو الذي غشه .

- وقال - يعني مالك - في الزعفران والمسك المغشوش مثل ذلك ، وسواء كان ذلك قليلًا أو كثيرًا ، وخالفه ابن القاسم في الكثير ، وقال : يباع المسك والزعفران إلى من لا يُغَشُّ به ، ويتصدق بالثمن أدبًا للغاش .

- وأفتى ابن القطان الأندلسي في الملاحف الرديئة النسج بأن تحرق ، وأفتى ابن عتاب بتقطيعها ، والصدقة بها خرقًا .

وإذا اشترى عامل القراض من يعتق على رب المال عالمًا بأنه قريبه فإنه إن كان موسرًا

---

(١) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٣ ، ٤) ، وقد نقل نحوه أيضًا عن غير واحد من أهل المذهب .

عتق العبد ، وغرم العامل ثمنه ، وحصة رب المال من الربح إن كان في المال يوم الشراء ربحٌ ، وولاؤه لرب المال ، وذلك لتعديه فيما فعل .

– ومن وطئ أمة له من محارمه مما لا يعتق عليه بالملك ؛ فإنه يعاقب ، وتباع عليه ، وإخراجها عن ملكه كرهًا من العقوبة بالمال .

– والفاسق إذا آذى جاره ، ولم ينته تباع عليه داره ، وهو عقوبة في المال والبدن .

– ومن مَثَّلَ بأَمَتِهِ عتقت عليه ، وذلك عقوبة بالمال .

– وقال صاحب كتاب المغارسة : معنى العقوبة بالمال أن من فعل شيئًا من الجنايات الموجبة للعقوبة يعاقبه السلطان أو نائبه بأخذ مال قليل أو كثير ، وربما رتبوا شيئًا على كل جناية ، وذلك حرام ، ومعنى العقوبة في المال أن يعاقب الجاني في ماله بإتلافه عليه ، وفي ذلك تفصيل : إن كان ذلك المال يستعين به على المعصية التي عوقب عليها لم يجز على المشهور ، وإن لم يكن للمال مدخل في المعصية فالذي يظهر من كلامهم أن العقوبة لا تجوز باتفاق » [1] .

وقال الأخميمي رحمه الله : مقتضى ما نقلناه أولًا من النسخ والإجماع أن العقوبة بالمال وفي المال لا تجوز بحال ، فتكون كل منهما مرادفة للأخرى [2] .

قال الأخميمي رحمه الله : ابن فرحون لا يقول بجواز العقوبة بالمال أصلًا ، ومن تأمل كلامه في التبصرة فهم ذلك منها ؛ لأنه بعد أن نقل الآثار ، وكلام ابن القيم قال : والتعزير بالمال قال به المالكية ، ولهم فيه تفصيل .. إلخ ، فقوله : ولهم فيه تفصيل يشير ابن فرحون إلى العقوبة بالمال وفي المال ، فهو يقول بجواز الثانية لا الأولى ، ومسائله التي ذكرها شاهدة على ذلك ؛ لأنها جزئيات داخلة في تعريف الثانية على أي تعريف من تعاريفها المتقدمة ، ولا ينطبق عليها تعريف الأولى ، ومسائل كل باب تؤخذ من تعريفه ؛ إذ لو كان يقول بجواز الأولى للزم أن لا يكون لقوله : « وللمالكية فيه تفصيل » معنى ؛ لأن الثانية يقول بجوازها من باب أولى ، وقد تنبه لذلك العلامة الرباطي بعد نقله مسائل التبصرة ومسائل سيدي العربي الفاسي ، قال : وأكثر هذه المسائل أو كلها من العقوبة في المال . ونقل عن البناني ، والشيخ عليش في هذه المسائل أيضًا أنها من

(١) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، (٢/٢٠٣ ، ٢٠٤) ، الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٣٦ ، ٣٧ ، ٥١ ، ٥٢) .
(٢) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٥٢) .

باب العقوبة في المال ، لا من العقوبة بالمال [١] .

ومما هو جدير بالتأمل ، أنه ومع القول بالفرق بين العقوبة في المال ، والعقوبة بالمال ، فالمماطل الموسر إنما ينطبق عليه ضابط العقوبة في المال – وهي المسألة محل البحث – فإن المال الذي يحبسه هو ما وقعت فيه الجناية وعصى به ، وهو ضابط العقوبة في المال ، والتي يقول بها السادة المالكية ﷺ ، وقد قال الأخميمي : « مسائل كل باب تؤخذ من تعريفه » [٢] .

فمن الواضح أن المماطل الموسر ينطبقَ عليه تعريف العقوبة في المال كما تقدم .

ومن جهة أخرى ، فإن للسادة المالكية ﷺ حديث مهم عن المديان ، وكيفية مواجهته ، فقد عقد ابن فرحون فصلًا للمديان ، يمكننا من خلاله أن نرى كيف عالج فقهاء المالكية هذه المشكلة ، ومما قاله في هذا الباب :

– إذا اتهم الحاكم المديان أنه غيب مالًا أطال سجنه ، وقد روي أنه يؤدب ، قال سحنون : فإن قال : أنا فقير ، وليس ظاهره كذلك ، ويأتي بشهود على أنه فقير إلا أنهم لم يزكوا ، فإنه يسجن أبدًا حتى تزكي شهوده ، ولا يؤخذ منه حميل .

– وروى ابن كنانة عن مالك في الرجل يستعدي على غريمه في دين له عليه : أنه يحبس له بالمعروف ، إلا أن يكون معدمًا لا شيء له .

وروى ابن القاسم عن مالك أنه إذا ثبت عند القاضي اللدد من الغريم ؛ فإنه يحبسه ، ويؤدبه بالضرب الموجع ، وذلك إذا اتهمه أنه خبأ مالًا أو غيبه ، ويحبسه أبدًا حتى يؤدي أو يتبين أنه لا مال له .

وقال مالك في المدونة : لا يحبس في الدين إلا بمقدار ما يستبرئ أمره ، فإذا اتهمه بأنه خبأ مالًا حبسه ، وإلا خلى سبيله .

– وإذا أثبت الطالب مالًا للغريم تعينه البينة ، حيز عنه – : وقف الغريم على ذلك ، فإن أقر بذلك المال أمره الحاكم ببيعه ، وقضى دينه ، فإن أبى ضيق عليه بالضرب ، والسجن حتى يبيع ، ولا يبيعه القاضي كبيعه على المفلس ؛ لأن المفلس ضرب على يديه

---

(١) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٣٧ – ٣٩) .

(٢) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٣٨) .

(أي حجر عليه) ومنع من ماله ، فلذلك بيع عليه ، وهذا بخلافه [1] .

مذهب السادة الحنفية ﷺ :

« قال صاحب التنوير : هو تأديب دون الحد ، ولا يختص بالضرب ، بل قد يكون به وقد يكون بالصفع ، وبفرك الأذن ، وبالكلام العنيف .

وفي البحر الرائق : لم يذكر محمد التعزير بأخذ المال ، وقد قيل : روي عن أبي يوسف أن التعزير بأخذ المال جائز كذا في الظهيرية .

وأفاد في البزازية أن معنى التعزير بأخذ المال على القول به : إمساكُ شيء من ماله عنه مدة ؛ لينزجر ، ثم يعيده الحاكم إليه ، فإن آيس من توبته صرفه إلى ما يرى .

لا أن يأخذه الحاكم لنفسه ، أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة ؛ إذ لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي .

وفي المجتبى أنه كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ .

لكن في الخلاصة سمعت عن ثقة أن التعزير بأخذ المال إن رأى القاضي ذلك أو الوالي جاز .

ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال .

ومختار السرخسي أنه ليس فيه تقدير ، بل هو مفوض إلى رأي القاضي ؛ لأن المقصود منه الزجر ، وأحوال الناس مختلفة فتفوض إلى رأي القاضي .

وما في الخلاصة مبني على اختيار من قال بذلك من المشايخ لقول أبي يوسف » [2] .

وقال في الشرنبلالية : ولا يفتى بهذا لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال

---

(١) تبصرة الحكام ، (١٤٤/٢) ، وراجع أيضًا ، (٢٢٠/٢ - ٢٢٤) .

(٢) قال في فتح القدير ، (٣٤٥/٥) : وعن أبي يوسف يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال ، وعندهما وباقي الأئمة لا يجوز . اهـ ، قال ابن عابدين (٦١/٤) : ومثله في المعراج وظاهره أن ذلك رواية ضعيفة عن أبي يوسف اهـ .

وفي البناية للعيني وتبيين الحقائق للزيلعي :

« وعن أبي يوسف أن التعزير بأخذ الأموال جائز للإمام » والسياق للثاني ، البناية على الهداية للعيني (٥١٦/٥) ، (ط ١) ، دار الفكر ، (١٤٠٠/١٩٨٠) ، وتبيين الحقائق على كنز الدقائق للزيلعي ، (٢٠٨/٣) ، مط الأميرية الأولى سنة (١٣١٣) . وشرح العيني على الكنز أيضًا (٢٤٠/١) ، مط البهية سنة (١٣٠٤) .

الناس فيأكلونه .

والحاصل أن المذهب عدم التعزير بالمال (١) .

« وذكر الطحاوي ... التعزير بأخذ المال إن رأى المصلحة فيه جاز ، قال مولانا خاتمة المجتهدين مولانا ركن الدين الوانجاني الخوارزمي : معناه أن يأخذ ماله ويودعه ، فإن تاب يرده عليه كما عرف في خيول البغاة وسلاحهم ، وصوَّبه الإمام ظهير الدين والتمرتاشي » (٢) .

وقال شيخ الإسلام خير الدين الرملي : قد تقرر عند العلماء أن التعزير في كل معصية ليس فيها حد مقدر ... ويجوز الترقي فيه إلى القتل (٣) .

هذا هو حاصل ما في كتب الحنفية ، والمعتمد من مذهبهم ، وما أفتى به متأخروهم ، وما وقع فيه الخلاف ، وبه يعلم ما في قول الدكتور البوطي « وشأنه عندهم شأن الشافعية » (٤) .

ومما ينبغي تأمله في هذا السياق : علةَ المنع بأنه لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه ، كما نص عليه في الشرنبلالية .

ويحق لنا أن نتساءل بناء على توجيه المنع بأنه لما فيه من تسليط الظلمة : فماذا إذا كان في القول بجوازه منع لتسليط الظلمة ، هل ينعكس الحكم بانعكاس العلة ، كما في قياس العكس ، فالظالم في مسألتنا هو الدافع لا الآخذ .

كما أن القاعدة أن الأحكام تدور مع علتها وجودًا وعدمًا كما هو مقرر .

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ، (٤٤/٥) ، مط العلمية ، سنة (١٣١٠) ، وفتح القدير لابن الهمام ، (٣٤٥/٥) ، ط الحلبي ، (١٩٧٠) ، حاشية الشرنبلالي على درر الحكام لملا خسرو ، والمسماة غنية ذوي الأحكام في بغية درر الأحكام ، مط أحمد كمال بالأستانة سنة ١٣٣٠ ، تنوير الأبصار مع شرح الدر المختار وحاشية رد المحتار لابن عابدين ، (٦١/٤) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخ زاده ، (٦١٧/١) . الأستانة – مط العثمانية سنة (١٣٢٧) ، وحاشية الشيخ أحمد الشلبي على تبيين الحقائق (٢٠٨/٣) ، مط الأميرية الأولى سنة (١٣١٣) ، ورسائل ابن نجيم ، الرسالة الثالثة عشر في التعزير ، (ص : ١٢٦) .

(٢) الفتاوى الأنقروية ، (١٥٧/١) ، مط الأميرية ، سنة (١٢٨١) ، وواقعات المفتين للشيخ قدري أفندي الحنفي ، مط الأميرية الأولى ، سنة (١٣٠٠) .

(٣) الفتاوى الخيرية ، (ص ٨٩) ، (ط ٢) الأميرية ، سنة (١٣٠٠) .

(٤) د. البوطي ، مرجع سابق ، (ص ١٥٣) .

ومن ناحية أخرى : فإن تصويرهم للتعزير بأن يؤخذ من ماله ويودع ، إنما هو من أجل تحقيق علة منع تسليط الظلمة مع علة الزجر بالتعزير ، وهذه الصورة المذكورة تحقق العلتين .

- مذهب السادة الحنابلة ﷺ :

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ في المغني :

« والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ ، ولا يجوز قطع شيء منه ولا أخذ ماله » .

وقال رَحِمَهُ اللَّهُ في الزكاة : « وإن منعها معتقدًا وجوبها ، وقدر الإمام على أخذها منه أخذها وعزره ، ولم يأخذ زيادة عليها في قول أكثر أهل العلم » (١) .

وقال في دليل الطالب وشرحه نيل المآرب في التعزير : « ويحرم حلق لحيته ، وقطع طرفه ، وجرحه ، وأخذ ماله ، أو إتلافه » (٢) .

وقال في الإنصاف : « قال الأصحاب : ولا يجوز قطع شيء منه ، ولا جرحه ، ولا أخذ شيء من ماله » .

وقال في المنتهى وشرحه للبهوتي رَحِمَهُ اللَّهُ : « ويحرم تعزير بأخذ مال أو إتلافه ؛ لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عمن يُقتدى به » .

وقال في الإقناع ، وشرحه كشاف القناع للشيخ منصور الحنبلي رَحِمَهُ اللَّهُ : « ولا يجوز قطع شيء منه ... ولا أخذ شيء من ماله ؛ لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به ... قال الشيخ : وقد يكون التعزير بالنيل من عرضه ، وبإقامته من المجلس ، وقال : التعزير بالمال سائغ إتلافًا وأخذًا » ، فنص هنا على جوازه .

لكن قال ابن تيمية :

« والتعزير بالمال سائغ إتلافًا وأخذًا ، وهو جار على أصل أحمد ؛ لأنه لم يختلف أصحابه أن العقوبات في الأموال غير منسوخة كلها ، وقول الشيخ أبي محمد المقدسي : ولا يجوز أخذ مال المعزر فإشارة منه إلى ما يفعله الولاة الظلمة .

---

(١) المغني لأبي محمد بن قدامة المقدسي ، (١٥٩/٩) ، (٤٧٧/٢) ، نشر رئاسة إدارات البحوث الرياض ، (١٩٨١/١٤٠١) .

(٢) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٢٩) .

بل ونسب إلى أحمد القول بجواز التعزير بأخذ المال ، فقد قال بعد أن ساق حديث تغريم السارق من الثمر المعلق ، ومن الماشية قبل أن تؤدى إلى المراح مرتين ، وبعد أن ساق تضعيف عمر الغرم في الضالة المكتومة : وبذلك كله قال طائفة من العلماء مثل أحمد وغيره » (١) .

وقال ابن القيم - بعد أن نقل المسائل التي تقدم ذكرها في كلام ابن فرحون - : وأكثر هذه المسائل شائعة في مذهب أحمد ﷺ ، وبعضها شائع في مذهب مالك ﷺ . ومن قال : إن العقوبة المالية منسوخة فقد غلط على الأئمة نقلًا واستدلالًا ، وليس بمسلَّم دعواه نسخها ، وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة ﷺ لها بعد موته ﷺ مبطل لدعوى نسخها ، والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ، ولا سنة ، ولا إجماع يصحح دعواهم إلا أن يقول أحدهم : مذهب أصحابنا لا يجوز ... فمذهب أصحابه عنده عيار على القبول والرد (٢) .

ورد عليه الأخميمي رحمه الله بقوله : وقوله : « وأكثر هذه المسائل يعني التي تقدم عليها النقول شائعة في مذهب الإمام أحمد » ، دعوة غير مسلمة على مذهبه ، والمنقول عنه - يعني الإمام أحمد - منع العقوبة بالمال (٣) ، ولم يقل بها عندهم إلا شيخه ابن تيمية (٤) . ثم أخذ في نقل نصوص الحنابلة التي تصرح بالمنع على ما تقدم .

فـ « الملاحظ أن ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله انتصرا للقول بجواز التعزير بالمال بجميع صوره » (٥) .

---

(١) الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير ، مصدر سابق ، (ص ١٩٥) ، الاختيارات العلمية ملحق بالفتاوى الكبرى لابن تيمية ، (٦٠١/٤) ، دار المعرفة بيروت ، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ، نشر مكتبة المعارف بالرباط ، (١١٩/٢٨) .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ، (٢٠٣/٢) .

(٣) لم يتفرد ابن تيمية بنقل ذلك ، فممن نقله عن الإمام أحمد أيضًا ابن الأثير الجزري في جامع الأصول (٧٠٥/١٠) ، على ما تقدم نصه في مسألة نسخ العقوبة بالمال عند الحديث على مذهب السادة الشافعية ﷺ . والمنذري أيضًا في شرح مختصر سنن أبي داود (حديث رقم ١٧١٨) ، وسيأتي نصه عند حديث (رقم ١٢) في كتم ضالة الإبل من فصل أدلة الجواز بالباب الثالث .

(٤) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٢٩) .

(٥) الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير ، مصدر سابق ، (ص : ١٩٥) ، الاختيارات العلمية ملحق بالفتاوى الكبرى لابن تيمية ، (٦٠١/٤) ، دار المعرفة بيروت ، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ، نشر مكتبة المعارف بالرباط ، (١١٩/٢٨) .

وقال أبو يعلى الفراء الحنبلي رحمه الله :

« وأما التعزير فهو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود ، ويختلف حكمه باختلاف حاله وأحوال فاعله ، ثم قال : فإن سرق من حرز مثله أقل من نصاب ، أو سرق نصابًا من غير حرز غرم مثليه ، وقد نص على ذلك في سرقة الثمار المعلقة ، وقال أيضًا في رواية ابن منصور في الضالة المكتومة : « إذا أزلت عنه القطع فعليه غرامة مثلها » [١] .

وقال ابن تيمية رحمه الله : « وليس لأقل التعزير حد ؛ بل هو بكل ما فيه إيلام الإنسان من قول ، وفعل ، وترك قول ، وترك فعل » [٢] .

* * *

---

(١) الأحكام السلطانية للفراء ، (ص ٢٧٩ ، ٢٨١) ، (ط ٢) ، الحلبي ، (١٣٨٦/١٩٦٦) .

(٢) السياسة الشرعية ، (ص : ١٢٠) ، دار الكتاب العربي ، (ط ٢) ، سنة (١٩٥١) .

الفَصلُ الثَّالِثُ : أدلة الجواز والمنع

أ - أدلة الجواز :

١ - أقوى ما استدل به حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﷺ : أنه سئل عن الثمر المعلق فقال : « من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله والعقوبة ، ومن سرق منه شيئًا بعد أن يَأْوِيه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع ، ومن سرق دون ذلك فعليه غرامة مثليه والعقوبة » (١) .

وأجاب الشوكاني عليه بأنه وارد على سبب خاص فلا يجاوز بها إلى غيره ؛ لأنه وسائر أحاديث الباب مما ورد على خلاف القياس لورود الأدلة كتابًا وسنة بتحريم مال الغير (٢) .

٢ - وعن عمير مولى آبي اللحم ﷺ قال : أقبلت مع سادتي نريد الهجرة حتى أن دنونا من المدينة ، فدخلوا المدينة ، وخلفوني في ظهرهم ، فأصابني مجاعة شديدة ، قال :

---

(١) أخرجه أبو داود ، والنسائي واللفظ لهما ، والترمذي ، وابن ماجه ، وأحمد بألفاظ مختلفة ، من طرق بعضها صحيح وبعضها حسن .

وفي رواية للنسائي : « ولا تقطع في حريسة الجبل فإذا ضمها المراح قطعت في ثمن المجن ، وفي أخرى له ، وليس في شيء من الماشية قطع إلا فيما آواه المراح فبلغ ثمن المجن ، تحفة الأشراف ، (٨٧٦٨ ، ٨٧٩٨ ، ٨٨١٠) ، وجامع الأصول ، (٣١٨/٤ ، ٣١٩) ، (٧٠٤/١٠) .

وقد ذهب الدكتور البوطي ، (ص ١٦٠ ، ١٦٢) : إلى أن هذا الحديث شاذ ، تفرد به عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، مخالفًا للثقات الذين رووا ما يخالفه كحديث : « على اليد ما أخذت حتى ترد » أخرجه الأربعة ، وحديث : « لا يحل لأحد أن يأخذ مال أخيه لاعبًا ولا جادًّا فإن أخذه فليرده عليه » .

قال مقيده عفا الله عنه : ويمكن أن تمنع دعوى الشذوذ بحديث عمير مولى ابي اللحم التالي ، فإنه مؤيد لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وكذا قضايا الباب كلها مانعة لدعوى الشذوذ .

(٢) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص : ٢٥) .

فمر بي بعض من يخرج من المدينة ، فقالوا لي : لو دخلت المدينة ، فأصبت من ثمر حوائطها ، فدخلت حائطًا فقطعت منه قنوين ، فأتاني صاحب الحائط ، فأتى بي إلى رسول اللَّه ، وأخبره خبري ، وعليَّ ثوبان ، فقال : « **أيهما أفضل ؟** » فأشرت إلى أحدهما . فقال : خذه ، وأعطى صاحب الحائط الآخر ، وخلى سبيلي » [(١)] .

٣ - وعن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده ﷺ أن رسول اللَّه ﷺ قال : « **في كل إبل سائمة في كل أربعين ابنة لبون ، لا تفرق إبل عن حسابها ، من أعطاها مؤتجرًا فله أجره ، ومن منعها فإنا آخذوها وشطر ماله ، عزمة من عزمات ربنا ، ليس لآل محمد فيها شيء** » .

وقد تقدم الكلام عليه عند بيان مذهب الشافعية حيث استدل به الشافعي في القديم .

٤ - وقد روي عنه ﷺ في حريسة الجبل أن فيها غرم مثليها وجلدات نكال [(٢)] .

٥ - وإباحته ﷺ سَلَب الذي يصطاد في حرم المدينة لمن وجده [(٣)] .

واقتصر الأخميمي رحمه الله[(٤)] على نقل مذاهب العلماء في عدم العمل بهذا الحديث دون أن يذكر مبررًا مقبولًا لتركه ، ثم نقل عن القاضي عياض رحمه الله قوله : « ولم يقل بحديث السلب بعد الصحابة إلا الشافعي رحمه الله في القديم ، وخالفه أئمة الأمصار » .

قال النووي رحمه الله : « ولا يضره مخالفتهم إذا كانت السنة معه ، وهذا القول القديم هو المختار ؛ لثبوت الحديث فيه ، عمل الصحابة ﷺ على وفقه ، ولم يثبت له دافع ... وفي مصرف السلب ثلاثة أوجه لأصحابنا - يعني الشافعية ﷺ - أصحها أنه للسالب وهو الموافق لحديث سعد ... وإذا سلب أخذ جميع ما عليه إلا ساتر العورة » [(٥)] .

وقال ابن حجر رحمه الله : « وادعى بعض الحنفية الإجماع على ترك الأخذ بحديث

---

(١) رواه أحمد (٢٢٥٨٥) والطبراني في الكبير إلا أنه قال : فاقتطعت قنوين من نخلة ، وقال في آخره : فقال لي : أيهما أفضل ، فأشرت إلى أحدهما ، فأمرني فأخذته ، وأعطى صاحب الحائط الآخر .
وفي رواية لأحمد : « فأخذوني فذهبوا بي إلى النبي فأخبرته بحاجتي فأعطاني قنوًا واحدًا ورد سائرها إلى أهله » .
قال الهيثمي (١٦٣/٤) : إسناد الثاني فيه ابن لهيعة ، وحديثه حسن ، وإسناد الأول فيه أبو بكر بن المهاجر ، ذكره ابن أبي حاتم ، ولم يذكر فيه جرحًا ولا تعديلًا وبقية رجاله ثقات .
(٢) هو جزء من الحديث الأول ، وقد تقدم تخريجه .
(٣) عن سعد بن أبي وقاص ﷺ « أنه ركب إلى قصره بالعقيق فوجد عبدًا يقطع شجرًا أو يخبطه ؛ فسلبه ... » ، أخرجه مسلم في المناسك ، وأخرجه أبو داود في الحج بنحوه ، تحفة الأشراف (٣٨٦٣ ، ٣٨٦٨ ، ٣٩٥١) .
(٤) مرجع سابق ، (ص ١٣) .
(٥) شرح مسلم ، (١٣٩/٩) .

السلب .. ودعوى الإجماع ممنوعة » .

٦ - ومنها أمره - بتحريق متاع الذي غل من الغنيمة ، فعن صالح بن محمد بن زائدة قال : دخلت مع مسلمة أرض الروم فأتي برجل قد غل ، فسأل سالمًا عن ذلك ، فقال : إني سمعت أبي يحدث عن أبيه عمر ﷺ أن رسول اللّه ﷺ قال : « **من غل فأحرقوا متاعه واضربوه** » ، قال : فوجدنا في متاعه مصحفًا ، فسأل سالمًا عنه ، فقال : بيعوه ، وتصدقوا بثمنه (١) .

قال الخطابي : لا أعلم خلافًا بين العلماء في تأديب الغال في بدنه بما يراه الإمام . وأما إحراق متاعه : فقد اختلف فيه العلماء ، فمنهم من قال به ، ومنهم من لم يقل به ، وإليه ذهب الأكثرون ، ويكون الأمر بالإحراق على سبيل الزجر والوعيد لا الوجوب (٢) .

قال النووي رحمه الله في شرح مسلم : « واختلفوا في عقوبة الغال ، فقال جمهور العلماء يعزر على حسب ما يراه الإمام ، ولا يحرق متاعه ، وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، ومن لا يحصى من الصحابة والتابعين ، ومن بعدهم . وقال مكحول ، والحسن ، والأوزاعي : يحرق رحله ومتاعه كله . قال الأوزاعي : إلا سلاحه وثيابه . وقال الحسن : إلا الحيوان والمصحف ، واحتجوا بهذا الحديث . قال الجمهور : وهذا حديث ضعيف ؛ لأنه مما انفرد به صالح بن محمد عن سالم ، وهو ضعيف » .

ونقل القسطلاني عن البخاري رحمهما اللّه في تاريخه قال : « باطل ليس له أصل ، وراويه لا يعتمد عليه » . وقال الدارقطني رحمه الله : « أنكروا هذا الحديث على صالح بن محمد . قال : وهذا الحديث لم يتابع عليه ، ولا أصل لهذا الحديث عن رسول اللّه ﷺ ، والمحفوظ أن سالمًا أمر بذلك » .

٥ - ومنها أمره ﷺ بكسر دنان الخمر ، وشق ظروفها ، فأخرج الترمذي رحمه الله عن أبي طلحة ﷺ قال : يا نبي اللّه اشتريت خمرًا لأيتام في حجري . قال : « **أهرق الخمر ، واكسر الدِّنان** » (٣) .

٨ - وأخرج أحمد رحمه الله عن ابن عمر ﷺ قال : « أمرني رسول اللّه أن آتيه بالمدية - وهي الشفرة - فأتيته بها ، فأرسل بها ، فأُرْهِفَت ، فأعطانيها ، وقال : « **اغد عليَّ بها** » .

---

(١) أخرجه أبو داود ، (٢٧١٣) ، والترمذي ، وقال : حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه .
(٢) جامع الأصول ، (٧٢٣/٢) . (٣) سنن الترمذي ، (١٢٩٣) .

ففعلت ، فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة ، وفيها زقاق خمر ، قد جلبت من الشام ، فأخذ المدية مني ، فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته ، ثم أعطانيها ، وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ، وأن يعاونوني ، فأمرني أن آتي الأسواق كلها ، فلا أجد زقَّ خمر إلا شققته » (١) .

وللمانع أن يقول : يعارض هذين الحديثين ما رواه مسلم رحمه الله عن ابن عباس رضي الله عنه : « أن رجلًا أهدى لرسول الله ﷺ راوية خمر فقال له رسول الله ﷺ : « **هل علمت أن الله قد حرمها** » ، قال : لا ، فسارَّ إنسانًا ، فقال له رسول الله ﷺ : « **بم ساررته** » فقال : أمرته ببيعها فقال : « **إن الذي حرم شربها حرم بيعها** » . قال : ففتح المزاد حتى ذهب ما فيها (٢) .

ويجاب : بأنه يمكن الجمع بينها بأنه لا تشق ولا تكسر بل يراق ما فيها ، إلا ما غاصت فيه النجاسة ، وتتخللت أجزاءه ، ولم يمكن تطهيره . قال ابن حجر رحمه الله : المعتمد التفصيل ، فإن كانت الأوعية بحيث يراق ما فيها ، وإذا غسلت طهرت ، وانتفع بها لم يجز إتلافها ، وإلا جاز .

وللمجيز أن يقول : ما قيل في الجمع بأنه ما أُمِرَ بكسره وشقه حمل على أنه لا يمكن تطهيره مجرد احتمال لا دليل عليه ، وأيضًا : فإن ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال منزل منزلة العموم في المقال ، كما تقرر في علم الأصول ، ولم يستفصل النبي ﷺ من أبي طلحة رضي الله عنه عن نوع الآنية ، بل أمر بكسرها دون استفصال ، فينزل الأمر منزلة العموم .

وللمجيز أن يقول أيضًا : إن حديث أبي طلحة رضي الله عنه قولي ، وحديث ابن عمر رضي الله عنه فعلي ، وهما متعاضدان على الإتلاف بالشق أو الكسر ، وكلا الدلالتين - القولية والفعلية - أقوى من دلالة الإقرار التي في حديث ابن عباس رضي الله عنه على الإهراق دون إتلاف ، حتى إن القاضي الباقلاني رحمه الله ذهب إلى أن التقرير لا عموم ؛ لأنه لا صيغة له تعم ، وإن كان المعتمد أنه يعم كما تقرر في الأصول ، فكيف إذا كانا في جانب والإقرار في جانب ، وقد قرروا أن القولي والفعلي معًا يقدما على القولي وحده إذا

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده عن ابن عمر رضي الله عنه من طرق يقوي بعضها بعضًا ، وله شاهد عن جابر من طريقين فيهما ضعف أيضًا ، وعلى الجملة فالحديث حسن لشواهده ، راجع مجمع الزوائد (٥/٥٣ ، ٥٤) .
(٢) مسلم ، (١٥٧٩) .

تعارضا ، فكيف بالتقرير ؟

وهذه الاعتراضات والأجوبة إنما تجري على الحكم بالشق أو عدمه ، كما هو ظاهر .

أما علة الشق إن قيل به فقال الأخميمي - بعد أن نقل مذاهب الأئمة في آنية الخمر - : « فتبين من تحرير ما نقلته عن الأئمة أن الكسر والشق إن ثبت فعلته النجاسة لا العقوبة بالمال » (١) .

وللمجيز أن يقول : هذه العلة مستنبطة ، لا نص للشارع ، فهي محل اجتهاد ، فلنا أن نقول إن العلة التعزير ، استدلالًا بظاهر الأحاديث ، فإنه لا معنى لعموم الشق مع عدم الاستفصال عما يقبل التطهير مما لا يقبله ، إلا كون الشق للتعزير ، كما أنه لا مانع أن يعلل الحكم بأكثر من علة ؛ لأن العلل الشرعية مُعَرِّفَات للحكم ، لا مؤثرات فجاز تعددها ، كما تقرر في الأصول .

٩ - ومنها أمره ﷺ لعبد الله بن عمر ﷺ بتحريق الثوبين المعصفرين :

فأخرج مسلم رحمه الله عن ابن عمر ﷺ قال : رأى النبي ﷺ علي ثوبين معصفرين ، فقال : « **أمك أمرتك بهذا** » . قلت : أَغْسِلُهما . قال ﷺ : « **بل أحرقهما** » .

والمراد بالإحراق هنا المبالغة في الزجر والنكير دون حقيقة الحرق ، على ما قرره الأخميمي رحمه الله(٢) ، ونقل عن الآبي رحمه الله قوله : لفظ الإحراق مبالغة في النكير ، ويدل على هذا أن عبد الله بن عمر ﷺ أحرقهما ثم لما أتى النبي ﷺ قال : ما فعلت يا عبد الله . فأخبره ، فقال له : « **أفلا كسوتهما بعض أهلك** » . قال الأخميمي رحمه الله : ويؤيده ما رواه أحمد ، وأبو داود ، وابن ماجه رحمهم الله من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﷺ قال : أقبلنا مع رسول الله ﷺ من ثنية فالتفت إليَّ ، وعليَّ ريطة مضرجة بالعصفر ، فقال : « **ما هذا** » . فعرفت ما كره ، فأتيت أهلي وهم يسجرون تنورهم ، فقذفتها فيه ، ثم أتيته من الغد . فقال : يا عبد الله ، ما فعلت الريطة ، فأخبرته ، فقال : « **ألا كسوتها بعض أهلك** » .

قال الأخميمي رحمه الله : على أن رواية الطحاوي بسنده عن أنس بن مالك قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ وعليه ثوب معصفر ، فقال له : « **لو أن ثوبك هذا كان في تنور**

(١) مرجع سابق ، (ص ١٦) .

(٢) مرجع سابق ، (ص ١٩ ، ٢٠) .

لكان خيرًا لك » ، فذهب الرجل فجعله تحت القدر أو في التنور ، فأتى النبي ﷺ ، قال : « **ما فعل ثوبك ؟** » ، قال : صنعت به ما أمرتني ، فقال له رسول الله ﷺ : « **ما بهذا أمرتك ، أولا ألقيته على بعض نسائك** » .

قال مقيده عفا الله عنه : فتعين على هذا صرف الأمر بالإحراق عن حقيقته ، وعليه فالصواب أنه لا دليل في هذا الحديث على الغرامة بالمال .

١٠ – ومنها أمره ﷺ يوم خيبر بكسر القدور التي طبخ فيها لحم الحمر الأهلية ، ثم استأذنوه في غسلها فأذن لهم ، فدل على جواز الأمرين ؛ لأن العقوبة بالكسر لم تكن واجبة .

وفي رواية : أن النبي قال : « **أهريقوها واكسروها** » ، فقال رجل : يا رسول الله أو نهريقها ونغسلها ، قال : « **أو ذاك** » (١) .

قال النووي رحمه الله : « وأما أمره ﷺ أولًا بكسرها فيحتمل أنه كان بوحي أو باجتهاد ثم نسخ ، وتعين الغسل ، ولا يجوز الكسر » .

قال مقيده عفا الله عنه : ينظر هل يساعده اللفظ على قوله تعين الغسل ، فإن أو للتخيير ، وقد قال الآبي : « قوله : أو ذاك ، الأظهر أنه للتخيير في أحد الأمرين » .

١١ – ومنها هدمه ﷺ مسجد ضرار (٢) .

وأجاب الشوكاني رحمه الله أنه من باب سد ذرائع الفساد (٣) .

وللمجوزين أن يقولوا : إن هذا الجواب في غير محل الخلاف ؛ لأن سد ذريعة الفساد هو علة العقوبة بالهدم في هذا ، ونحن نوافق عليه ، والكلام في غيره إنما هو في العقوبة نفسها وهي المعلول ، والعلة غير المعلول ، كما هو مقرر ، فما المانع أن تكون العقوبة بالمال لسد ذريعة الفساد ، فلم يحصل من جواب الشوكاني شيء .

---

(١) الحديث أخرجه الشيخان ، وأبو داود ، والنسائي عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه ، راجع روايته في جامع الأصول ، (٣٣٥/٨ – ٣٣٨) .

(٢) أخرجه ابن إسحاق ، وابن مردويه عن ابن عباس ، وأبي رهم الغفاري رضي الله عنه ، وراجع الآثار الواردة في شأن مسجد ضرار في : الدر المنثور ، (٢٧٦/٣ ، ٢٧٧) ، وتفسير ابن كثير ، (٣٨٧/٢ ، ٣٨٨) ، وسيرة ابن هشام ، (٩٠٦) ، ومغازي الواقدي ، (٤١٠) .

(٣) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٢٥) .

١٢ - ومنها إضعاف القيمة على كاتم الضالة ، فعن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال في ضالة الإبل المكتومة : « **غرمتها ، ومثلها معها** » (١) .

قال المنذري شارحًا عليه : « وكان عمر ﷺ يحكم فيمن كتم ضالة الإبل ، ولم يعرفها ، ولم يشهد عليها بما يقتضيه هذا الحديث ، وإليه ذهب أحمد بن حنبل » .

وأجاب الشوكاني رحمه الله عليه بأنه وارد على سبب خاص فلا يجاوز بها إلى غيره ؛ لأنه وسائر أحاديث الباب مما ورد على خلاف القياس لورود الأدلة كتابًا وسنة بتحريم مال الغير (٢) ، وسيأتي مناقشة ذلك الجواب في الفصل الرابع .

١٣ - ومنها أمره ﷺ لابس خاتم الذهب بطرحه فطرحه فلم يعرض أحد .

ورواية مسلم عن ابن عباس ﷺ : أن رسول الله ﷺ رأى خاتمًا من ذهب في يد رجل فنزعه فطرحه ، وقال : « **يعمد أحدكم إلى جمرة من نار فيجعلها في يده** » . فقيل للرجل بعد ما ذهب النبي ﷺ : خذ خاتمك انتفع به . قال : لا والله لا آخذه أبدًا ، وقد طرحه رسول الله ﷺ . قال الآبي : « قول صاحبه لا آخذه مبالغة في اجتناب المنهي ؛ إذ لو أخذه لجاز ، ولكن تركه ورعًا لمن يأخذه من الضعفاء ؛ لأنه إنما نهاه عن لبسه خاصة ، لا عن التصرف فيه بغير اللبس » .

قال مقيده عفا الله عنه : بناء على رواية مسلم فلا دليل في هذا الحديث أيضًا على العقوبة بالمال .

١٤ - ومنها أمره ﷺ بقطع نخيل اليهود إغاظة لهم .

وفي ذلك نزلت الآية ﴿ مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا .. ﴾ [الحشر : ٥] (٣) . قال الأخميمي رحمه الله (٤) : « فتمسك المجيز للعقوبة بالمال بقطع نخل بني النضير ساقط عن النظر بالكلية ؛ لأن الموضوع في أخذ مال المسلم عقوبة لا الكافر لحرمة مال الأول ، كدمه دون الثاني » ، ولهذا منع الجمهور من ذلك إذا كان يرجى مصيره للمسلمين على ما نقله الأخميمي عنهم في الموطن السابق .

---

(١) أخرجه أبو داود (١٧١٨) بإسناد فيه انقطاع .

(٢) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٢٥) .

(٣) راجع في تفسير ابن كثير ، والدر المنثور لهذه الآية الآثار الواردة في ذلك .

(٤) مرجع سابق ، (ص ٢٢) .

وبناء عليه فلا دليل في هذا الحديث أيضًا على العقوبة بالمال .

١٥ – ومنها قضية المددي الذي أغلظ لأجله الكلام عَوفُ بنُ مالك ﷺ على خالد بن الوليد ﷺ لما أخذ سلبه . فقال النبي ﷺ : « **لا ترد عليه** » (١) .

وأجاب الشوكاني رحمه الله عليه بأنه وارد على سبب خاص فلا يجاوز بها إلى غيره ؛ لأنه وسائر أحاديث الباب مما ورد على خلاف القياس لورود الأدلة كتابًا وسنة بتحريم مال الغير (٢) ، وسيأتي مناقشة ذلك الجواب في الفصل الرابع .

١٦ – ومنها هَمُّ النبي ﷺ بتحريق بيوت المتخلفين عن الجماعة ، فأخرج الشيخان (٣) عن أبي هريرة ﷺ مرفوعًا : « **لقد هممت أن آمر بالصلاة فتقام ثم آمر رجلًا فيصلي بالناس ، ثم أنطلق معي برجال معهم حزم من حطب إلى قوم لا يشهدون الصلاة فأحرق عليهم بيوتهم بالنار** » .

وأخرج مسلم عن ابن مسعود ﷺ أن النبي ﷺ قال لقوم يتخلفون عن الجمعة : « **لقد هممت أن آمر رجلًا يصلي بالناس ، ثم أحرق على رجال يتخلفون عن الجمعة بيوتهم** » .

وقد أجيب عنه : بأن السنة أقوال وأفعال وتقريرات ، والهم ليس من الثلاث .

ورد بأن النبي ﷺ لا يهم إلا بالجائز (٤) .

قال مقيده عفا الله عنه : هنا هم بالشيء ، ثم أعرض عنه ، فينتفي الجواز ، بخلاف مطلق الهم فهو الذي يقال فيه : لا يهم إلا بالجائز ، فيتنبه له (٥) .

أما الآثار عن الصحابة فقد روي عنهم في الباب آثارٌ عدة :

١٧ – فمنها ما أخرج مالك في الموطأ (٦) بسند صحيح عن يحيى بن عبد الرحمن

---

(١) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٢٥) . (٢) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٢٥) .

(٣) البخاري / صلاة الجماعة ، باب وجوب صلاة الجماعة . ومسلم المساجد ، (٦٥١ ، ٦٥٢) .

(٤) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص : ٢٥) .

(٥) بل قد يفيد مطلقُ الهم الاستحبابَ في بعض الصور ، ومنها ما ذهب إليه الشافعي ﷺ في الجديد أن للخطيب في الاستسقاء تنكيس الرداء مع تحويله بأن يجعل أعلاه أسفله ، واحتج بأنه ﷺ استسقى وعليه خميصة سوداء ، فأراد أن يأخذ أسفلها فيجعله أعلاها ، فلما ثقلت عليه قلبها على عاتقه . قال الشافعي ﷺ : فيستحب الإتيان بما هم به الرسول ﷺ . راجع البحر المحيط ، (٦٧/٦) .

(٦) الموطأ ، (٧٤٨/٢) ، ط محمد فؤاد عبد الباقي ، ومصنف عبد الرازق ، (٢٣٩/١٠) .

ابن حاطب أن رفقاء لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مُزينة فانتحروها ، فرفع ذلك إلى عمر ابن الخطاب ﷺ ، فأمر كثير بن الصلت أن تقطع أيديهم ، ثم قال عمر ﷺ : إني أراك تجيعهم ، والله لأغرمنك غرمًا يشق عليك ، ثم قال للمزني : كم ثمن ناقتك ؟ قال : أربعمائة درهم ط، قال عمر ﷺ : أعطه ثمانمائة درهم .

قال مالك رحمه الله : وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ، ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه إنما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها .

قال البيهقي رحمه الله : وقد أورده الشافعي رحمه الله إلزامًا لمالك فيما ترك من قول بعض الصحابة ﷺ .

قال الشافعي رحمه الله : فهذا حديث ثابت عن عمر ﷺ يقضي به بالمدينة بين المهاجرين والأنصار .

وعن الربيع عن الشافعي رحمهما الله : « لا تضعف الغرامة على أحد في شيء ، إنما العقوبة في الأبدان لا في الأموال ، وإنما تركنا تضعيف الغرامة من قبل أن رسول الله قضى فيما أفسدت ناقة البراء بن عازب أن على أهل الأموال حفظها بالنهار ، وما أفسدت المواشي بالليل فهو ضامن على أهلها ، قال : فإنما يضمنونه بالقيمة لا بقيمتين » (١) .

ويجاب أيضًا بما أجاب الشوكاني رحمه الله أنه من باب سد ذرائع الفساد (٢) .

وتقدم بيان ما في هذا الجواب .

وأجاب الشوكاني أيضًا أنه بعد تسليم ثبوته فإنه قول صحابي لا ينهض للاحتجاج به ، ولا يقوى على تخصيص عمومات الكتاب والسنة .

قال الأخميمي : وهذا الجواب سديد في الباب (٣) .

وللمجوزين منعه بأنه قد كثرت القضايا عن الصحابة بذلك ، وشاع دون نكير ، فكان إجماعًا ، وقد استدل بهذا الأئمة في كثير من القضايا ، والإجماع يخصص به القرآن والسنة ، قال الآمدي رحمه الله : « لا أعرف خلافًا في تخصيص القرآن والسنة

(١) كتاب الاختلاف مع مالك للشافعي ، آخر كتاب الأم ، (٢١٥/٧) ، ط الشعب ، ومعرفة السنن والآثار للبيهقي ، (٤٢٥/١٢ ، ٤٢٦) ، نشر جامعة الدراسات الإسلامية ، ودار قتيبة ، ودار الوعي ، ودار الوفاء .

(٢ ، ٣) الأخميمي ، مرجع سابق (ص ٢٥) .

بالإجماع ... فإذا رأينا أهل الإجماع قاضين بما يخالف العموم في بعض الصور علمنا أنهم ما قضوا به إلا وقد اطلعوا على دليل مخصص له ؛ نفيًا للخطأ عنهم ، وعلى هذا فمعنى إطلاقنا أن الإجماع مخصص للنص أنه مُعَرف للدليل المخصص لا أنه في نفسه هو المخصص » (١) .

وهذان الجوابان يجريان فيما شاكلهما ، فلا داعي لتكرارهما .

١٨ - ومنها تحريق عمر ﷺ المكان الذي يباع فيه الخمر .

١٩ - ومنها تحريق عمر ﷺ قصر سعد بن أبي وقاص ﷺ لما احتجب فيه عن الرعية ، وصار يحكم في داره .

٢٠ - ومنها مصادرة عمر ﷺ عماله بأخذ شطر أموالهم ، فقسَّمها بينهم وبين المسلمين .

٢١ - ومنها أن عمر ﷺ لما وجد مع السائل من الطعام فوق كفايته ، وهو يسأل أخذ ما معه وأطعمه إبل الصدقة .

٢٢ - ومنها إراقة عمر ﷺ للبن المغشوش .

٢٣ - ومنها تغليظه هو وابن عباس ﷺ الدية على من قتل في الشهر الحرام في البلد الحرام (٢) .

٢٤ - ومنها إحراق علي بن أبي طالب ﷺ لطعام المحتكر (٣) .

٢٥ - ومنها إحراق علي بن أبي طالب ﷺ لدور قوم يبيعون الخمر (٤) .

٢٦ - ومنها هدمه ﷺ لدار جرير بن عبد الله (٥) .

وقد صحح عامتها بما فيها حديث بهز بن حكيم ابنُ القيم في الطرق الحكمية فقال : وهذه قضايا صحيحة معروفة ، وليس يسهل دعوى نسخها (٦) .

واستدل ابن فرحون أيضًا في التبصرة بأكثر ما سبق ، ثم قال : وغير ذلك مما يكثر تعداده ، وهذه قضايا صحيحة معروفة (٧) .

---

(١) الآمدي ، الإحكام (٣٠٤/٢) . (٢ - ٥) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٢٥) .

(٦) الطرق الحكمية لابن القيم ، (ص ٢٦٧) ، ط السنة المحمدية ، (١٩٥٣/١٣٧٢) .

(٧) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٩ ، ١٠) ، وقد تعقبها جميعًا ، وقد ذكرنا خلاصة كلامه ونقوله .

٢٧ - وربما استدل للمجوزين من جهة المعقول - على فرض عدم صحة الاستدلال بما تقدم من آثار - بأنه إذا لم يمكن ردع الجناة إلا بالمال ردعوا به ، فيقال : وهذه من المصالح المرسلة .

وللمانعين أن يجيبوا : بأن الروادع الشرعية أردع ، وبأن شرط العمل بالمرسل ما لم يقم دليل على اعتباره وإلغائه ، وتحريم أكل المال بالباطل معلوم من الدين بالضرورة قد قام الدليل القطعي على إلغائه ، فلا يصح أن يقال : العمل به من باب المصالح المرسلة (١) .

وللمجوزين أن يجيبوا : بأنه ليس من باب أكل المال بالباطل ، بل هو من باب دفع الظلم ورفعه .

على أن ما ورد من أحاديث وآثار يجعل القول بالجواز مما اعتبر الشارع مصلحته ، وقضى به ، فالقول بالجواز قول بما اعتبره الشارع ، وهو أقوى دلالة من القول بما لم يعتبره الشارع ولم يلغه .

ب - أدلة المنع :

من أدلة الكتاب والسنة على تحريم مال الغير :

١ - قوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩] .

٢ - قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة: ١٨٨] .

٣ - وقال ﷺ في خطبة حجة الوداع : « **إنما دماؤكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام** » (٢) .

٤ - وقال ﷺ : « **لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه** » (٣) .

---

(١) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٤٢ ، ٤٣) .

(٢) الحديث ثابت في الصحيحين وغيرهما من الكتب الستة ، وقد روي عن عدة من الصحابة ، منهم : جابر ابن عبد الله ، وابن عباس ، وأبو بكرة ، وعمرو بن الأحوص ، وابن عمر ﷺ ، راجع جامع الأصول ، (٢٥٨/١ - ٢٦٥) ، (٤٥٨/٣ - ٤٧٢) .

(٣) أخرجه أحمد ، (٧٢/٥) ، والبيهقي ، (١٠٠/٦) ، (١٨٢/٨) ، وراجع تلخيص الحبير ، (٤٥/٣) .

٥ - وقال ﷺ : « **حرمة مال المسلم كحرمة دمه** » (١) .

فوجب أن يكون أخذ ماله من غير عوض محرمًا (٢) .

* * *

---

(١) أخرجه البزار ، وأبو يعلى عن ابن مسعود ﷺ بإسناد ضعيف ، وله شواهد تؤيد معناه .

(٢) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٢٦) .

الفَصْلُ الرَّابعُ : نتائج البحث

للماوردي نص مهم للغاية يرفع الحيرة التي ربما تصيب الباحث في المسألة ، وينبه على السبب في وقوع الاختلاف فيها على هذه الصورة بين المنع مطلقًا حتى نقل الإجماع عليه ، والإباحة مطلقًا ، فقال رَحِمَهُ اللَّهُ :

« ما كان مستخرجًا من غير نص ولا أصل فقد اختلف في صحة الاجتهاد فيه بغلبة الظن على وجهين :

أحدهما : لا يصح الاجتهاد بغلبة الظن حتى يقترن بأصل ؛ لأنه لا يجوز أن يرجع في الشرع إلى غير أصل .

وهذا هو الظاهر من مذهب الشافعي ؛ ولذلك أنكر القول بالاستحسان ؛ لأنه تغليب ظن بغير أصل .

والوجه الثاني : يصح الاجتهاد به ؛ لأن الاجتهاد في الشرع أصل فجاز أن يستغنى عن أصل .

وقد اجتهد العلماء في التعزير على ما دون الحدود بآرائهم في أصله من ضرب وحبس ، وفي تقديره بعشر جلدات في حال ، وبعشرين في أخرى ، وبثلاثين في أخرى ، وليس لهم في هذه المقادير أصل مشروع .

والفرق بين الاجتهاد بغلبة الظن وبين الاستحسان أن الاستحسان يترك به القياس ، والاجتهاد بغلبة الظن يستعمل مع عدم القياس » [(١)] .

---

(١) أدب القاضي ، (١/٥١٩ ، ٥٢٠) ، مط الإشاد ، العراق ، (١٣٩١ /١٩٧١) .

فقوله : « وقد اجتهد العلماء في التعزير على ما دون الحدود بآرائهم في أصله .. » ، يوضح لأي شيء كان كل هذا الاختلاف .

ويقول **الأخميمي** رَحِمَهُ اللَّهُ في تعليق عام له على أدلة المجوزين : « قد علم مما تقدم أن بعضها ضعيف أو باطل ، وبعضها منسوخ ، أو متكلم فيه ، وبعضها تمسك به الجمهور على جواز التخريب في أرض الكفار ، كقطع نخل بني النضير ، وبعضها لم يأخذ به الجمهور على جواز العقوبة بالمال ، وأن مذاهبهم على خلافها » [1] .

لقد تعقب المانعين أدلة الجواز دليلًا دليلًا ، وقد ذكرنا فيما مضى أجوبتهم عليها ، وما يمكن أن يردها به المجوزون ، وبينا أن دعوى النسخ غير مسلم ، بلا دليل عليها كما صرح به النووي .

أما كون بعضها متكلمًا فيه - من جهة الإسناد - فبعضها أو أكثرها صحيح ، كما أن المتكلم فيه لا يسقط عن رتبة الاعتبار .

ومن أجوبة المانعين المهمة ما أشار إليه الشوكاني : أن أكثر أحاديث الباب واردة على سبب خاص ، فلا يجاوز بها إلى غيرها ؛ لأنها وسائر أحاديث مما ورد على خلاف القياس ، لورود الأدلة كتابًا وسنة على تحريم مال الغير [2] .

فإن العام الوارد على سبب إن عارض عموم آخر خرج ابتداء بلا سبب ، فإنه يقصر على سببه ، وإن لم يعارضه فالعبرة بعمومه [3] .

قال مقيده عفا اللَّه عنه : كل ذلك صحيح مُسلَّم من القائلين بالجواز ، فلا نزاع في حرمة أكل مال الغير بالباطل ، ثم استثنى الشارع من هذا الأصل العام الظالم في الصور المتقدمة ونظائرها فجعله خارجًا عن أكل المال بالباطل ، والمانعون يسلمون بذلك وأنه وارد على سبب خاص ، والمجوزون لا يجاوزون به سببه الخاص ، ولا يقولون به في كل حال ، والقياس على محل السبب الخاص لا يخرجه عن خصوصه كما هو مقرر ، وإلا كان في معنى الخطاب الخاص بواحد من الأمة .

بل إن الخطاب الخاص بواحد من الأمة ، وإن كان لا يتناول غير المخاطب من حيث

---

(١) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٣٥) . (٢) الأخميمي ، مرجع سابق ، (ص ٢٥) .

(٣) إرشاد الفحول للشوكاني (٤٨٧/١) ، قال : فإن هذا العام الخارج ابتداء من غير سبب إذا صلح للدلالة ، فهو دليل خارج يوجب القصر ، ولا خلاف في ذلك .

الصيغة ، فإنه يتناوله بالدليل الخارجي ، وقد ثبت عن الصحابة فمن بعدهم الاستدلال بأقضيته ﷺ الخاصة بالواحد ، أو الجماعة المخصوصة على ثبوت مثل ذلك لسائر الأمة ، فكان هذا مفيدًا لإلحاق غير المخاطب به في ذلك الحكم عند الإطلاق إلا أن يقوم الدليل الدال على اختصاصه بذلك ، قال الشوكاني نفسه : فالراجح التعميم حتى يقوم دليل التخصيص ، لا كما قيل : إن الراجح التخصيص حتى يقوم دليل التعميم (١) .

فيصح لنا بعد ذلك الاستدلال بما تقدم من قضايا النبي ﷺ ، والصحابة ﷺ من بعده على جواز عقوبة الظالم الجاني على مال غيره بقيمة ما تعدى وظلم ، دون زيادة على ذلك ، مع بقاء تحريم أكل مال الغير على حرمته فيما سوى ذلك .

فلسنا في ذلك إلا سائرين مع الأدلة كتابًا وسنة حيث سارت ، وواقفين معها حيث وقفت .

وقد اشترط أحد الباحثين المعاصرين شرطين جوهريين للقول بالجواز ، وفي حدود ضيقة جدًّا :

أحدهما : أن لا تمكن معاقبة الجاني بغير الغرامة من وسائل التعزير الأخرى ، أو تمكن، ولكن المصلحة في الغرامة أكثر منها في غيرها .

ثانيهما : أن لا يتخذ هذا الجواز ذريعة لمصادرة أموال الناس ، وإثقال كواهلهم بغرامات لا قبل لهم بها (٢) .

وأضف إلى هذا شرطين مهمين لإيجاب التعزير عامة :

أولهما : أن يكون الأمر الذي يُدْفَع ضررًا مؤكدًا ، وليس ضررًا وهميًا ، وأن تكون المصلحة مؤكدة وليست وهمًا .

ثانيهما : أن يكون الضرر المدفوع من جنس ما أمر الشارع بدفعه ، وأن تكون المصلحة من جنس المصالح التي أمر بها الشارع (٣) .

---

(١) إرشاد الفحول (١/٤٧٠ ، ٤٧١) .

(٢) الظروف المشددة – الدكتور ناصر الخليفي ، مرجع سابق ، (ص : ١٩٦ ، ١٩٧) .

(٣) نظرة إلى العقوبة في الإسلام لأبي زهرة (ص : ١٨٦) ، مط الأزهر (١٩٦٧/١٣٨٧) ، المؤتمر الرابع لمجمع البحوث الإسلامية ، ولا يفوتنا أن نذكر ما يتعلق بمسألتنا من كلامه لما لأبي زهرة من مكانة بين الباحثين المعاصرين : قال (ص ١٩٤ ، ١٩٥) : الجرائم التعزيرية قسمان : =

« والقضاء بنفي الضرر وسد الذرائع ثبت عن رسول الله ﷺ ، فقد قال : « **لا ضرر ولا ضرار** »[(١)] ، فيحتمل أن يريد بقوله : « **لا ضرر** » ، أي لا ضرر على أحد بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه ، ولا يجوز له إضرار غيره ... وقيل : نهى النبي ﷺ أن يتعمد أحدهما الإضرار بصاحبه ، وعن أن يقصدا ذلك جميعًا ، فإن أقام المحدث للضرر بينة تشهد أن ذلك ليس بضرر لم يلتفت إلى تلك البينة ، وكانت شهادة الذين شهدوا بالضرر أحق وأولى بالحكم ، وعليه العمل وبه القضاء ، وقيل : ينظر إلى أعدل البينتين ، فيقضى بها ؛ لأن الشهادة على العيان ، وليست تنفذ شهادة بالضرر فيما لم يره أهل العلم ضررًا .

وإذا جهل الضرر فلم يعلم أقديم هو أم حادث ، فهو على القدم حتى يثبت أنه محدث ، وخالف آخرون فقالوا : إنه محمول على أنه محدث حتى يثبت أنه قديم ، قالوا : وبه الحكم .

وإذا لم تقطع البينة بأن الضرر محدث - إلا أنهم قالوا : رأينا شيئًا يدل على الحدوث ، وهو ضرر - حلف أنه محدث ، وأزيل عنه الضرر ، إلا أن تقوم بينة بالقدم .

وقال ابن عتاب : الذي أقول به وأنقله عن مذهب مالك أن جميع الضرر يجب قطعه[(٢)] .

وتأسيسًا على ما تقدم :

١ - نقول بجواز عقوبة الظالم الجاني على مال غيره بقيمة ما تعدى وظلم ، دون زيادة على ذلك ، مع بقاء تحريم أكل مال الغير على حرمته فيما سوى ذلك .

٢ - وتنزلًا مع من لم ير في كل ما سبق دليلًا للجواز ، فإننا نتفق مع روح فتوى الشيخ العربي الفاسي فنرى « أنه يجوز من جهة السياسة الشرعية[(٣)] العقوبة بالمال ، وما ثبت من جهة السياسة الشرعية إنما يكون على سبيل الفتوى ، وليس على سبيل

= **الأول** : جرائم هي من جنس جرائم الحدود ، ولكن لم تستوف شروط إقامة الحد ، وهذا القسم يسار في تعزيره على أساس الحد ، ولكن لا تصل العقوبة إلى عقوبة الحد .

الثاني : الجرائم التي ليس في جنسها حد كترك الزكاة والصلاة أو الصوم ، أو كعدم أداء الديون ، أو كالنصب ، والرشوة ، وهذه الجرائم ترك تقديرها لولي الأمر ، أو للقاضي حسب الأحوال ، ولا قيد يقيده إلا العدالة ، وما به يتحقق رفع الفساد ، وما يكون به التناسب بين العقوبة والجريمة من غير تهاون ولا شطط .

(١) رواه ابن ماجه (٢٣٤١) .

(٢) تبصرة الحكام (٢٥١/٢ : ٢٥٥) .

(٣) السياسة الشرعية نوعان : سياسة ظالمة ، فالشرع يحرمها ، وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم ، وتدفع =

الحكم العام ، ومن هنا فإنه من المقبول لبعض هيئات الرقابة الشرعية في مصرف معين ، أو عند الفتوى في نوع من أنواع المعاملات ، أو على طائفة من الأشخاص أن تفتي بجواز الغرامة بالمال ، في حين أن ذلك لا ينبغي أن يكون سياسة عامة وحكمًا شرعيًا فصلًا ، وإنما يكون من قبيل الإجراءات التي تحقق مقاصد الشريعة من باب يُحْدَث للناس من الأمور بقدر ما يحدثون » [1] .

والقاعدة أنه إذا كانت « مسألة تدور بين نصين متعارضين (وهما هنا نصوص تحريم أكل المال بالباطل في مقابل وجوب رفع الظلم وتعزير الظالم) فحكم اللّٰه تعالى فيه الأصلح إن كان معقول المعنى .. وحكم اللّٰه فيه الأخذ بالأشبه إذا لم يكن معقول المعنى ... وكذلك سائر أحكام السياسات قلما يكون فيها ترجيح ... بل لو استوى عند قاض المصلحة والمضرة في أمرين ، أو استوى عنده الشبه بالأصلين أو الاستصحاب في مقابل الأصلين وامتنع الترجيح صار مخيرًا كما في سائر المباحات » [2] . وهذا يؤكد ما قدمناه من أنه إنما يكون من قبيل الإجراءات .

وقال الغزالي رحمه الله أيضًا : « ما ليس للشرع فيه حكم معين ، ولكن قيل للمجتهدين : اطلبوا الحكم وترددوا بين رأيين ... فكل حكم نيط باجتهاد الولاة كتفرقة العطاء بين المسلمين والتسوية بينهم أو التفاوت كما اختلف أبو بكر وعمر ؛ إذ ليس فيه نص على عينه ، ولا على مسألة قريبة منه يقال إنه في معناه ، ولكن فيه إهمال لمصلحة تميز الفاضل من المفضول ، وهو من المصالح ، وفي التفاوت إحدى المصلحتين دون الأخرى ، ومهما قوبل ما في إحداهما من المضرة بما في إحداهما من المصلحة يجوز أن تترجح إحداهما ... وكذلك تقدير العقوبات والنفقات ... كذا كل واقعة لا نص فيها ، ولا هي في معنى المنصوص ... » [3] .

٣ - ومسألة البحث - وهي عقوبة المماطل الموسر بدفع غرامة مالية - مما ناطه الشرع باجتهاد الولاة .

= كثيرًا من المظالم ، وتردع أهل الفساد ، ويتوصل بها إلى مقاصد الشريعة ، فالشريعة يجب المصير إليها ، والاعتماد في إظهار الحق عليها ، وهي باب واسع تزل فيه الأقدام ، وإهماله يضيع الحقوق ... والتورع فيه يفتح أبواب المظالم ، راجع تبصرة الحكام لابن فرحون - ط الشرفية (١٣٠١) - (١٠٤/٢) .

(١) فضيلة الشيخ علي جمعة ، حديث خاص حول البحث .

(٢ ، ٣) البحر المحيط (٣٠٣/٨) ، نقلًا عن الإمام الغزالي .

٤ - ومهما قيل من أن الغرامة بالمال ممنوعة مطلقًا بالنهي عن أكل أموال الناس بالباطل ، فلنا أن نقول : إن مسألتنا هنا ليست من باب أكل المال بالباطل ، بل رد الحق إلى صاحبه ، وإن الذي أكل المال بالباطل هنا إنما هو الغارم بمطله وظلمه ، وإن الشرع يوجب التعزير على الظلم .

٥ - ولنا أن نقول : إن حديث بهز إنما هو في إضعاف القيمة والغرامة ، وكذلك حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وأثر عمر بن الخطاب الذي رواه عنه يحيى ابن عبد الرحمن بن حاطب ؛ ومن ثم ترجم البيهقي على بعضها (١) : باب ما جاء في تضعيف القيمة .

٦ - وقد استدل العلماء أيضًا على منع تضعيف القيمة بقوله تعالى : ﴿ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة: ١٩٤] ، وقال : ﴿ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ﴾ [النحل: ١٢٦] . قالوا : وقد قضى ﷺ بالضمان بالمثل ، وقد أجمع العلماء على أن من استهلك شيئًا لا يغرم إلا مثله أو قيمته (٢) .

٧ - ولنا أن نقول : إن مسألتنا ليست من باب تضعيف القيمة ، وإنما من الغرامة بالمثل أو بالقيمة ، وهي أيضًا من باب الاعتداء بمثل ما اعتدى ، والعقاب بمثل ما عوقب فالفرق واضح بين تضعيف الغرامة ، ومسألة البحث .

٨ - ولا خلاف أن أكل المال بالباطل مما حرمه الله تعالى ورسوله ﷺ ، كما أنه لا خلاف أيضًا في وجوب رفع الظلم والضرر ، وقواعد الشرع الحنيف جارية عليه ، مطردة فيه ، ومثل هذه المساحة من الاتفاق لا بد أن لا تستنزف جهودنا في بحثها وطرحها ونقاشها كأنها أمر مختلف فيه ، وترك محل الخلاف والنزاع .

٩ - ومحل الخلاف والنزاع هو في تكييف المسألة ، وإذا اتضح تكييفها سهل الأمر وقرب .

١٠ - وعليه فمسائل الباب : إما أن يكون الغارم ظالمًا ، أو غير ظالم ، والثاني - يعني كونه غير ظالم - لا يجوز قطعًا تغريمه ، وهو من أكل المال بالباطل .

١١ - والأول - وهو كونه ظالمًا - : فإما أن يكون ظلمه وجنايته في المال ، وإما أن يكون ظلمه وجنايته في غير المال ، والثاني منهما - وهو كون ظلمه وجنايته في غير

(١) السنن الكبرى (٢٧٨/٨) ، ومعرفة السنن (٤٢٥/١٢) .
(٢) الجوهر النقي لابن التركماني ، بهامش السنن الكبرى (٢٧٨/٢) ، وإعلاء السنن للتهانوي (٧٣٣/١١) .

المال - يجوز عند من أطلق جواز الغرامة المالية ، وهو رأي تدور حوله كثير من الردود القوية التي يؤيدها قواعد الشرع العامة وعقوباته المقررة .

١٢ - والأول منهما - وهو كون ظلمه وجنايته في المال - فبالإضافة إلى ما تقدم ، فإنه تأسيسًا على الفرق بين الغرامة في المال وبالمال ، وهو فرق صحيح للأدلة الكثيرة على جواز الغرامة في المال ، والذي يشهد له - أي للفرق - العديد من الأحاديث وقضايا الصحابة ، وبالفرق قال السادة المالكية ، وهو مقتضى كثير من فروع السادة أصحاب المذاهب الثلاثة الأخرى ، وإن لم يتعرضوا للفرق ؛ فإننا نرى أن مسألتنا جعلنا من باب الغرامة في المال كما تقدم تقريره وبيانه ، ويصح الفتوى بجواز العقوبة في المال فيها ، بما يرفع الظلم الواقع بالفعل ، ولا يجاوزه إلى إيقاع ظلم جديد .

١٣ - ولا يدفع بأنه من باب أكل المال بالباطل ؛ بل الصواب أنه رفع لأكل المال بالباطل إن كان قد وقع ، ودفع له قبل وقوعه بما فيها من معنى الزجر عن الظلم .

١٤ - ومن هنا فالغرامة في المسألة محل البحث هي من باب رفع الظلم عن المظلوم .

١٥ - كما أنه لا بد من إنشاء آلية لإزالة الضرر ، يكون من وظيفتها تحديد الضرر ، وتقويمه ، والتحكيم بين الأطراف المتنازعة ، بحيث يتحمل المضر تكلفة إزالة ما أوقعه من ضرر بالغير بالعدل دون زيادة أو نقصان .

كما أننا نؤكد على أمور مهمة :

١ - أن الأصل في الغرامة المالية المنع .

٢ - وأن القول بها من قبيل الفتوى لا الحكم ، والفتوى - كما هو مقرر - تتغير زمانًا ومكانًا وشخصًا .

٣ - وأن الفتوى بذلك من باب السياسة الشرعية .

٤ - وأيضًا هو من باب الضرورات ، وإذا كانت الضرورات تبيح المحظورات - كما هنا - فإنها أيضًا - أي الضرورات - تقدر بقدرها ، ولا يجاوز بها محلها .

٥ - ومن الواضح الذي لا يحتاج إلى تأكيد أن الفتوى بجوازها في صورة أو مسألة لا يعني على الإطلاق الفتوى بها في كل مسألة أو صورة .

والله تعالى أعلى وأعلم

الملاحق

(نصوص وفتاوى ذات إيماءات مهمة) [١]

١ - قال محمد بن الحسن [٢] :

قال أبو حنيفة في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار إلى أجل ، فإذا حلت ، قال له الذي عليه الدين : بعني سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقدًا بمائة وخمسين إلى أجل ، إن هذا لجائز ؛ لأنهما لم يشترطا شيئًا ، ولم يذكرا أمرًا يفسد به الشراء .

وقال أهل المدينة : لا يصلح هذا .

قال محمد : ولم لا يصلح هذا ؟ أرأيتم من كان له على رجل دين ، فقد حرم اللّٰه عليه أن يبيعه منه شيئًا ربح عليه فيه .

قالوا : لأنا نخاف أن يكون هذا ذريعة إلى الربا .

قيل لهم : وأنتم تبطلون بيوع الناس بالتخوف ما تظنون من غير شرط اشترطه ، ولا بيع فاسد معروف فساده إلا بما تظنون وترون ، رجل كان يبايع رجلًا بيوعًا كثيرة ، وكان خليطًا له معروفًا بذلك ، وجب له عليه دين ، ثم باعه بعد ذلك سلعة تساوي بالنقد مائة دينار بمائة دينار وخمسين إلى أجل ، وهل هكذا يتبايع الناس ؛ لأنهم إذا أخروا ازدادوا ، ما بأس بهذا ، لإن حرم هذا على الناس إنه لينبغي أن يكون عامة البيوع حرامًا .

قالوا : نرى أنه إنما باعه لمكان دينه .

قيل لهم : إنهما لم يتذاكرا الدين بقليل ولا كثير .

قالوا : قد علمنا أنهما لم يتذاكرا الدين بقليل ولا كثير ، ولكنا نخاف أن يكون البيع

---

(١) بعضها مما له ثمة علاقة ببحثنا ، والآخر يتعلق ببعض المشكلات الاقتصادية عامة ، وقفنا عليها أثناء العمل بالبحث ، وآثرنا إثباتها لندرتها وأهميتها ، عساها تلقي الضوء على شيء من مشكلاتنا المعاصرة .

(٢) الحجة على أهل المدينة ، (٦٩٦/٢) ، ط حيدر آباد (١٣٨٧/١٩٦٨) .

كان بينهما من أجل ذلك .

قيل لهم : أرأيتم لو أجزتم البيع كما نجيزه ؛ أما كان لصاحب الدين أن يأخذ دينه من صاحبه وقد حل ؟

قالوا : بلى ، له أن يأخذ دينه .

قيل لهم : فإذا كان له أن يأخذ دينه كان البيع جائزًا ، فبأي وجه أبطلتم بيعه !

٢ - قال عبد الرحمن السويسي (١) :

الديون تقضى بأمثالها ، فإذا ذكر في دعواه أنه له على المدعى عليه مبلغ كذا قرشًا ، لا تصح بذلك الدعوى ؛ لأن صنف ذلك المبلغ - أي نوعه - غير معلوم لاحتمال كونه ذهبًا أو فضة ، مع اختلاف أنواع معاملة الذهب الآن ، وكذلك الفضة لدخول أفراد كثيرة تحت ذلك من الجنيه المصري ، والمجيدي ، والأفرنكي ، وغير ذلك .

فبذكر ألف قرش لا يعلم منه الآن كون ذلك من صنف مخصوص من تلك الأصناف ، مع أن الواجب بعد الإثبات بطريقه الشرعي القضاء بمثل الدين .

وحينئذ فالجهالة موجودة فلا تصح الدعوى معها ، كما صرحوا به .

بخلاف البيع مع اختلاف الأنواع ، وكان الكل في الرواج سواء ، كما في هذا الزمان ، فإن البيع يصح ، ويخير المشتري كما أفاده في الهندية .

٣ - قال ابن عابدين (٢) :

شاع في عرف أهل زماننا أنهم يتبايعون بالقروش ، وهي عبارة عن قطع معلومة من الفضة ، ومنها كبار كل واحد باثنين ، ومنها أنصاف أرباع ، والقرش الواحد عبارة عن أربعين مصرية .

ولكن الآن غلبت تلك القطع ، وزادت قيمتها فصار القرش الواحد بخمسين مصرية ، والكبير بمائة مصرية .

وبقي عرفهم على إطلاق القرش ، ويريدون به أربعين مصرية ، كما كان في الأصل ، ولكن لا يريدون عين المصاري ، بل يطلقون القروش وقت العقد ، ويدفعون بمقدار ما سموه في العقد تارة من المصاري ، وتارة من غيرها ذهبًا أو فضة ، فصار

---

(١) مختصر الفتاوى المهدية ، مط المؤيد (١٣١٨) .

(٢) تنبيه الرقود على مسائل النقود ، رسائل ابن عابدين (٦٥/٢) .

القرش عندهم بيانًا لمقدار الثمن من النقود الرائجة المختلفة المالية ، لا لبيان نوعه ، ولا لبيان جنسه ، فيشتري أحدهم بمائة قرش ثوبًا مثلًا فيدفع مصاري كل قرش بأربعين ، أو يدفع من القروش الصحاح ، أو من الريال ، أو من الذهب على اختلاف أنواعه بقيمته المعلومة من المصاري ، هكذا شاع في عرفهم ، ولا يفهم أحد منهم أنه إذا اشترى بالقروش أن الواجب عليه دفع عينها ، فقد صار ذلك عندهم عرفًا قوليًا ، فيخصص أي عند الإطلاق .

وفي فتاوى أبي الفضل الكرماني :

جرت العادة فيما بين أهل خوارزم أنهم يشترون سلعة بدينار ، ثم ينقدون ثلثي دينار محمودية ، أو ثلثي دينار وطسوج نيسابورية . قال : يجري على المواضعة ، ولا تبقى الزيادة دينًا عليهم .

٤ - قال ابن عابدين (١) :

وسئل : فيما إذا استدان زيد من عمرو مبلغًا معلومًا من الدراهم إلى أجل معلوم بمرابحة شرعية ، ثم قضى زيد الدين قبل حلول أجله ، فهل لا يؤخذ من المرابحة التي جرت بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام ؟

الجواب : نعم ، وهو جواب المتأخرين ، كذا في شرح التنوير ، وبمثله أفتى مفتي الروم أبو السعود أفندي : قضى المديون الدين المؤجل قبل الحلول ، أو مات فَحَلَّ بموته ، فأخذ من تركته ، لا يؤخذ من المرابحة التي جرت بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام .

وهو جواب المتأخرين . قنية ، وعلله بالرفق للجانبين .

٥ - قال ابن عابدين (٢) :

قال في الولوالجية في الفصل الخامس من كتاب البيوع : رجل اشترى ثوبًا بدراهم نقد لبلدة ، فلم ينقدها حتى تغيرت ، فهذا على وجهين : إن كانت تلك الدراهم لا تروج اليوم في السوق أصلًا فسد ؛ لأنه هلك الثمن .

وإن كانت تروج لكن انتقص قيمتها لا يفسد ؛ لأنه لم يهلك ، وليس له إلا ذلك ، وإن انقطع بحيث لا يقدر عليها ، فعليه قيمتها في آخر يوم انقطع بحيث لا يقدر عليها

---

(١) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ، (٢٧٨/١ ، ٢٧٩) مصورة دار المعرفة على (ط ٢) الأميرية سنة (١٣٠٠) .

(٢) تنبيه الرقود على مسائل النقود لابن عابدين ، ضمن رسائل ابن عابدين ، (٥٦/٢) .

فعليه قيمتها في آخر يوم انقطع من الذهب والفضة ، وهو المختار .

ونظير هذا ما نص في كتاب الصرف : إذا اشترى شيئًا بالفلوس ، ثم كسدت قبل القبض ؛ بطل الشراء .

ولو رجعت - أي نقصت ثمنها - لا يفسد .

وفي الفصل الخامس من التتارخانية ... وإن كانت تروج لكن انتقصت قيمتها لا يفسد .

وقال في الخانية : لم يكن له إلا ذلك .

وعن أبي يوسف : إن له أن يفسخ البيع في نقصان القيمة أيضًا .

٦ - وقال فيه أيضًا (١) :

تعدد في زماننا ورود الأمر السلطاني بتغيير سعر بعض من النقود الرائجة بالنقص .

واختلف الإفتاء فيه ، والذي استقر عليه الحال الآن : دفع النوع الذي وقع عليه العقد لو كان معينًا ، أو دفع أي نوع كان بالقيمة التي كانت وقت العقد ، إذا لم يعين المتبايعان نوعًا ، والخيار فيه للدافع كما كان الخيار له وقت العقد .

ولكن الأول ظاهر ، سواء كان بيعًا أو قرضًا .

فإن ورد الأمر برخص متفاوت ، فبعض الأنواع جعله أرخص من بعض ، فيختار المشتري ما هو أكثر رخصًا .

فجزم شيخي بعدم تخيير المشتري في مثل هذا لما علمت من الضرر ، وأنه يفتي بالصلح ، حيث كان المتعاقدان مطلقي التصرف يصح اصطلاحهما ، بحيث لا يكون الضرر على شخص واحد .

٧ - وقال فيه أيضًا (٢) :

الحاصل : أنها إما أن لا تروج - يعني النقود - وإما أن تنقطع ، وإما أن تزيد قيمتها أو تنقص ، فإن كانت كاسدة لا تروج يفسد البيع ، وإن انقطعت فعليه قيمتها قبل الانقطاع .

وإن زادت فالبيع على حاله ، ولا يتخير المشتري ، وإن انتقصت لا يفسد البيع ، وليس للبائع غيرها .

٨ - وقال فيه أيضًا (٣) :

قال العلامة شيخ الإسلام محمد بن عبد الله الغزي التمرتاشي في رسالة سماها :

---

(١) تنبيه الرقود على مسائل النقود لابن عابدين ، ضمن رسائل ابن عابدين ، (٦٦/٢) .

(٢) تنبيه الرقود على مسائل النقود لابن عابدين ، ضمن رسائل ابن عابدين ، (٥٩/٢) .

(٣) تنبيه الرقود على مسائل النقود لابن عابدين ، ضمن رسائل ابن عابدين ، (٦٠/٢) .

بذل المجهود في مسألة تغير النقود .

اعلم : أنه إذا اشترى بالدراهم التي غلب غشها أو بالفلوس ، وكان كل منهما نافقًا ؛ جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية ، ولعدم الحاجة إلى الإشارة لالتحاقها بالثمن .

٩ - وقال فيه أيضًا (١) :

« وفي المنتقى إذا غلت الفلوس قبل القبض ، أو رخصت ، قال أبو يوسف : قولي وقول أبي حنيفة سواء ، وليس له غيرها .

ثم رجع أبو يوسف ، وقال : عليه قيمتها من الدراهم يوم وقع البيع ، ويوم وقع القبض ا.هـ .

وقوله : « يوم وقع البيع » أي في صورة البيع .

وقوله : « ويوم وقع القبض » أي في صورة القبض .

وبه علم أن في الانقطاع قولين ، الأول : فساد البيع ، كما في صورة الكساد .

والثاني : أنه يجب قيمة المنقطع في آخر يوم انقطع ، وهو المختار .

وكذا في الرخص والغلا قولان أيضًا ، الأول ليس له غيرها .

والثاني : له قيمتها يوم البيع ، وعليه الفتوى » .

١٠ - وقال فيه أيضًا (٢) :

وفي البزازية : والإجارة كالبيع والدين على هذا .

وفي مجمع الفتاوى ... ويطالبه بما وقع عليه العقد ، والدين على هذا ؛ ولو كان يروج لكن انتقصت قيمته لا يفسد ، وليس له إلا ذلك ، وبه كان يفتي الإمام .

وفتوى الإمام القاضي ظهير الدين على أنه يطالب بالدراهم التي يوم البيع ، يعني بذلك العيار ، ولا يرجع عليه بالتفاوت ، والدين على هذا .

١١ - وقال فيه أيضًا (٣) :

لم تختلف الرواية عن أبي حنيفة في قرض الفلوس إذا كسدت أن عليه مثلها .

وقال أبو يوسف : عليه قيمتها من الذهب يوم وقع القرض .

(١) تنبيه الرقود على مسائل النقود لابن عابدين ، ضمن رسائل ابن عابدين ، (٦٠/٢) .

(٢) تنبيه الرقود على مسائل النقود لابن عابدين ، ضمن رسائل ابن عابدين ، (٦١/٢) .

(٣) تنبيه الرقود على مسائل النقود لابن عابدين ، ضمن رسائل ابن عابدين ، (٦٢/٢) .

وقال محمد : قيمتها في آخر نفاقها .

١٢ - وقال فيه أيضًا (١) :

ولم يظهر حكم النقود الخالصة أو المغلوبة الغش ، وكأنهم لم يتعرضوا لها لندرة انقطاعها ، أو كسادها .

لكن يكثر في زماننا غلاؤها ورخصها ، فيحتاج إلى بيان الحكم فيها .

ولم أر من نبه عليها من الشراح .

والذي يغلب على الظن ، ويميل إليه القلب أن الدراهم المغلوبة الغش أو الخالصة إذا غلت أو رخصت ؛ لا يفسد البيع قطعًا ، ولا يجب إلا ما وقع عليه العقد من النوع المذكور فيه ، فإنها أثمان عرفًا ، وخلقة . والغش المغلوب كالعدم ، ولا يجري في ذلك خلاف أبي يوسف .

١٣ - وقال فيه أيضًا (٢) :

ذكروا في الدراهم التي غلب غشها ثلاثة أقوال :

الأول : قول أبي حنيفة بالبطلان .

والثاني : قول الصاحبين بعدمه ، وهو قول الشافعي وأحمد .

لكن قال أبو يوسف : عليه قيمتها يوم البيع .

وقال محمد : يوم الانقطاع .

وعلل لأبي حنيفة بأن الثمن يهلك بالكساد ؛ لأن الفلوس والدراهم الغالبة الغش أثمانٌ بالاصطلاح ، لا بالخلقة ، وإذا انتفى الاصطلاح انتفت المالية .

وعلل للصاحبين بأن الكساد لا يوجب الفساد ، كما إذا اشترى بالرطب شيئًا فانقطع في أوانه لا يبطل اتفاقًا ، وتجب القيمة ، أو ينتظر زمان الرطب في السنة الثانية ، فكذا هنا .

والله أعلم

* * *

---

(١) تنبيه الرقود على مسائل النقود لابن عابدين ، ضمن رسائل ابن عابدين ، (٦٢/٢ ، ٦٣) .

(٢) تنبيه الرقود على مسائل النقود لابن عابدين ، ضمن رسائل ابن عابدين ، (٦٤/٢) .

المراجع

١ - الآمدي - الإحكام في أصول الأحكام - ط الحلبي .

٢ - أبو داود - السنن - ت محيي الدين عبد الحميد .

٣ - أبو يعلى الفراء - الأحكام السلطانية - (ط ٢) ، الحلبي ، (١٩٦٦/١٣٨٦) .

٤ - أحمد الشلبي - حاشيته على تبيين الحقائق - مط الأميرية الأولى سنة (١٣١٣) .

٥ - أحمد بن حنبل - المسند - ط الميمنية .

٦ - الأردبيلي - الأنوار في أعمال الأبرار - ط مؤسسة الحلبي ، (١٩٧٠/١٣٩٠) .

٧ - ابن الأثير الجزري - جامع الأصول من أحاديث الرسول - تحقيق الأرناؤوط - ط بيروت .

٨ - ابن التركماني - الجوهر النقي ، بهامش السنن الكبرى - ط الهند .

٩ - ابن العربي - أحكام القرآن - ط عيسى الحلبي ، (١٩٦٧/١٣٨٧) .

١٠ - ابن القيم - الطرق الحكمية - ط السنة المحمدية ، (١٩٥٣/١٣٧٢) .

١١ - ابن تيمية - الاختيارات العلمية ملحق بالفتاوى الكبرى - دار المعرفة بيروت .

١٢ - ابن تيمية - السياسة الشرعية - دار الكتاب العربي ، (ط ٢) ، سنة (١٩٥١) .

١٣ - ابن تيمية - مجموع الفتاوى - نشر مكتبة المعارف بالرباط .

١٤ - ابن جزي - القوانين الفقهية ، ط دار الفكر .

١٥ - ابن حبان - الصحيح ، مع ترتيبه المسمى بالإحسان ، لابن بلبان .

١٦ - ابن حجر العسقلاني - تلخيص الحبير - بتحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني - ط الفنية ، (١٩٦٤/١٣٨٤) .

١٧ - ابن حجر العسقلاني - فتح الباري - ط السلفية .

١٨ - ابن حجر الهيتمي - الفتاوى الكبرى - ط المشهد الحسيني .

١٩ - ابن رشد - البيان والتحصيل - ط دار الغرب الإسلامي - (١٩٨٦ م) .

٢٠ - ابن عابدين - تنبيه الرقود على مسائل النقود - الرسائل .

٢١ - ابن عابدين - حاشية رد المحتار - ط الحلبي - (١٩٧٠) .

٢٢ - ابن عابدين - العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية - مصورة دار المعرفة على (ط ٢) الأميرية سنة (١٣٠٠) .

٢٣ - ابن فرحون - تبصرة الحكام - ط الشرفية - (١٣٠١) .

٢٤ - ابن قدامة المقدسي - المغني ، ومعه الشرح الكبير - نشر رئاسة إدارات البحوث الرياض ، (١٤٠١/١٩٨١) .

٢٥ - ابن كثير - التفسير - ط الحلبي .

٢٦ - ابن ماجه - السنن - ط عبد الباقي .

٢٧ - ابن نجيم - الأشباه والنظائر ، ط الحلبي .

٢٨ - ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، مط العلمية ، سنة (١٣١٠) .

٢٩ - ابن نجيم - الرسائل - الرسالة الثالثة عشر في التعزير .

٣٠ - ابن هشام - السيرة .

٣١ - البخاري - الصحيح - مع فتح الباري - ط السلفية .

٣٢ - البيضاوي - الغاية القصوى ، ط العراق .

٣٣ - البيهقي - السنن الكبرى - ط حيدر آباد الدكن .

٣٤ - البيهقي - معرفة السنن والآثار - نشر جامعة الدراسات الإسلامية ، ودار قتيبة ، ودار الوعي .

٣٥ - الترمذي - السنن - ط الحلبي بتحقيق شاكر .

٣٦ - تقي الدين السبكي - الفتاوى ، ط القدسي (١٣٥٦) .

٣٧ - التهانوي - إعلاء السنن - ط الهند .

٣٨ - الجرجاني - التعريفات - ط دار الكتب العلمية .

٣٩ - الحاكم - المستدرك - ط حيدر آباد الدكن .

٤٠ - الحطاب - شرحه على مختصر خليل .

٤١ - الخرشي - شرحه على مختصر خليل .

٤٢ - الخطيب الشربيني - مغني المحتاج شرح المنهاج - ط الحلبي .

٤٣ - الدردير - الشرح الكبير على مختصر خليل - مع حاشية الدسوقي - ط الحلبي .

٤٤ - الدسوقي - حاشيته على الشرح الكبير للدردير - ط الحلبي .

٤٥ - الرازي - المحصول - ط الرسالة .

٤٦ - الرملي - نهاية المحتاج شرح المنهاج - ط الحلبي .

٤٧ - الزرقاني - شرحه على مختصر خليل .

٤٨ - الزركشي - البحر المحيط - ط دار الكتبي .

٤٩ - الزيلعي - تبيين الحقائق على كنز الدقائق ، مط الأميرية الأولى سنة (١٣١٣) .

٥٠ - السبكي - الإبهاج بشرح المنهاج للبيضاوي - دار الكتب العلمية (ط ١) ، (١٤٠٤/١٩٨٤) .

٥١ - السقاف - الفوائد المكية - ط الحلبي .

٥٢ - السيوطي - الأشباه والنظائر الفقهية ، ط الحلبي .

٥٣ - السيوطي - الدر المنثور .

٥٤ - الشاطبي - الاعتصام - (ط ١) دار الكتب العلمية (١٤٠٨/١٩٨٨) .

٥٥ - الشافعي - الأم - ط الشعب .

٥٦ - الشافعي - كتاب الاختلاف مع مالك . آخر كتاب الأم - ط الشعب .

٥٧ - الشبراملسي - حاشيته على نهاية المحتاج للرملي - ط الحلبي .

٥٨ - الشرنبلالي - حاشيته على درر الحكام لملا خسرو ، والمسماة غنية ذوي

الأحكام في بغية درر الأحكام – مط أحمد كمال بالآستانة سنة (١٣٣٠) .
٥٩ – الشوكاني – إرشاد الفحول – ط دار الكتبي .
٦٠ – شيخ زاده – مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر – الأستانة مط العثمانية سنة (١٣٢٧) .
٦١ – الشيرازي – المهذب – ط الحلبي .
٦٢ – الطبراني – المعجم الكبير – ط العراق الأولى .
٦٣ – عبد الرحمن السويسي – مختصر الفتاوى المهدية – مط المؤيد (١٣١٨) .
٦٤ – عبد الرزاق الصنعاني – المصنف – ط بيروت .
٦٥ – العدوي – حاشيته على شرح الخرشي على مختصر خليل .
٦٦ – علي حيدر – درر الحكام شرح مجلة الأحكام .
٦٧ – عليش – شرحه على مختصر خليل .
٦٨ – عميرة – حاشيته على شرح المحلى – ط الحلبي .
٦٩ – العيني – البناية على الهداية – (ط ١) ، دار الفكر ، (١٤٠٠/١٩٨٠) .
٧٠ – العيني – شرحه على الكنز أيضًا – مط البهية سنة (١٣٠٤) .
٧١ – الغزالي – المستصفى – مط الأميرية (١٣٢٥) .
٧٢ – الفتاوى الأنقروية – مط الأميرية ، سنة (١٢٨١) .
٧٣ – الفتاوى الخيرية ، (ط ٢) الأميرية ، سنة (١٣٠٠) .
٧٤ – قدري أفندي الحنفي – واقعات المفتين ، مط الأميرية الأولى ، سنة (١٣٠٠) .
٧٥ – الكمال ابن الهمام ، فتح القدير – مع تكملة قاضي زاده – ط الحلبي .
٧٦ – مالك – الموطأ – ت عبد الباقي .
٧٧ – الماوردي – أدب القاضي – مط الإشاد ، العراق ، (١٣٩١/١٩٧١) .
٧٨ – المجلة العدلية .
٧٩ – محمد أبو زهرة – نظرة إلى العقوبة في الإسلام – مط الأزهر (١٣٨٧/ ١٩٦٧) ، المؤتمر الرابع لمجمع البحوث الإسلامية .

٨٠ - محمد أنس الزرقا - أستاذ - مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي - جامعة الملك عبد العزيز - جدة ، ومحمد علي القرى أستاذ مساعد - قسم الاقتصاد - ونائب مدير مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي - جامعة الملك عبد العزيز - جدة ، التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد ، المنشور بمجلة الجامعة المشار إليها ، (م ٢) ، (ص ٢٥ - ٥٧) - (١٤١١هـ ، ١٩٩١م) .

٨١ - محمد بن الحسن - الحجة على أهل المدينة ، ط حيدر آباد (١٣٨٧/١٩٦٨) .

٨٢ - محمد بن محمد كمال الدين الأزهري الأخميمي ، فصل المقال في الجواب عن حادثة السؤال ، ونفي العقوبة بالمال ، ط الحلبي ، ١٣٤٠ .

٨٣ - محمد زكي عبد البر - الأستاذ بكليات الشريعة بالجامعات العربية ، ونائب رئيس محكمة النقض بمصر سابقًا ، رأي آخر في مطل المدين ، هل يلزم بالتعويض - مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - (م ٢) - (ص ١٥٥ - ١٦٠) - (١٤١٠/١٩٩٠) .

٨٤ - محمد سعيد رمضان البوطي : العقوبة بأخذ المال من كتاب محاضرات في الفقه المقارن - ط دار الفكر دمشق - (ص : ١٤٨ - ١٦٨) .

٨٥ - المزني - المختصر بهامش الأم - ط الشعب .

٨٦ - المزي - تحفة الأشراف - ط الهند - تحقيق شرف الدين عبد الصمد .

٨٧ - مسلم - الصحيح - ط عبد الباقي .

٨٨ - مصطفى أحمد الزرقا : هل يقبل شرعًا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن - كلية الشريعة - الجامعة الأردنية - مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي - ع ٢ - مج ٢ - (١٤٠٥/١٩٨٥) .

٨٩ - المنذري - مختصر سنن أبي داود .

٩٠ - ناصر الخليفي - الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي - مط المدني ، نشر المؤلف ، (ط ١) ، (١٤١٢/١٩٩٢) .

٩١ - النسائي - السنن - مع حاشية السيوطي .

٩٢ - النووي - المجموع - ط دار الفكر - بيروت - مصورة على الطبعة الأولى -

مع تكملة المطيعي .

٩٣ – النووي – روضة الطالبين – ط المكتب الإسلامي .

٩٤ – النووي – منهاج الطالبين – ط الحلبي .

٩٥ – الهيثمي – مجمع الزوائد .

٩٦ – الواقدي – المغازي .

٩٧ – الونشريسي – المعيار المعرب – نشر وزارة الأوقاف المغربية .

* * *

المحتويات

الكتاب الأول :
الضمان في الفقه الإسلامي
وتطبيقاته في المصارف الإسلامية

مُقَدِّمَة ٥

الفَصْلُ الأَوَّلُ : الضمان في الفقه الإسلامي ١٣

المَبْحَثُ الأَوَّلُ: تعريف الضمان ، ومشروعيته ، وأقسامه ١٤

المَبْحَثُ الثَّانِي: شروط ، وأحكام الضمان ١٩

الفَصْلُ الثَّانِي : الضمان في المصارف الإسلامية
من الوجهة النظرية - دراسة مقارنة ٢٧

المَبْحَثُ الأَوَّلُ: الضمان ، تعبئة الموارد في المصارف الإسلامية « الإطار النظري » ٢٩

المَبْحَثُ الثَّانِي: الضمان في مجال نشاط الاستثمار في
المصارف الإسلامية « الإطار النظري » ٤٠

المَبْحَثُ الثَّالِثُ: الخدمات المصرفية ، والضمانات في
المصارف الإسلامية « الإطار النظري » ٤٧

الفَصْلُ الثَّالِثُ : الضمان في معاملات المصارف الإسلامية « التجربة العملية » ٥٧

المَبْحَثُ الأَوَّلُ: الضمان ، وتعبئة الموارد في
المصارف الإسلامية « التجربة العملية » ٥٩

المَبْحَثُ الثَّانِي: الضمان ونشاط الاستثمار « من الوجهة العملية » ٧٢

الفَصْلُ الرَّابِعُ: العوامل التي تساعد على تحقيق الضمان لأنشطة المصارف الإسلامية ٨٣

المَبْحَثُ الأَوَّلُ: عوامل تحقيق الضمان لأصحاب
الودائع الاستثمارية بالمصارف الإسلامية ٨٥
المَبْحَثُ الثَّانِي: عوامل تحقيق الضمان لاستثمارات المصارف الإسلامية ٩٠
النتائج والتوصيات ٩٧
المراجع ١٠٣

الكتاب الثاني :
خطاب الضمان في البنوك الإسلامية

مُقَدِّمَة ١٠٧
الفَصْلُ الأَوَّلُ : مفاهيم عامة ١١١
الفَصْلُ الثَّانِي : تعامل المصارف مع عملاء خطابات الضمان ١٢٣
الفَصْلُ الثَّالِثُ: خطاب الضمان من وجهة النظر القانونية ١٢٧
الفَصْلُ الرَّابِعُ: خطاب الضمان من وجهة النظر الشرعية ١٣٥
الفَصْلُ الخَامِسُ: الآثار المترتبة على عقد خطاب الضمان ١٥٩
الفَصْلُ السَّادِسُ: نموذج لخطاب الضمان يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ١٧١
النتائج والتوصيات ١٧٩
المراجع ١٨٣

الكتاب الثالث :
الاعتمادات المستندية

مُقَدِّمَة ١٨٩
الفَصْلُ الأَوَّلُ : الاعتمادات المستندية في القانون والشريعة ١٩٧
المَبْحَثُ الأَوَّلُ: أنواع الاعتمادات وأنواع المستندات ١٩٨
المَبْحَثُ الثَّانِي: علاقات الأطراف والتزاماتهم ٢١٤
المَبْحَثُ الثَّالِثُ: مدى تطابق المستندات مع خطاب الاعتماد ٢٣٢

المبحث الرابع: تجديد الاعتماد وانقضاؤه في الشريعة والقانون ٢٥٩
المبحث الخامس: التكييف القانوني والشرعي للاعتماد المستندي ، كونه معاملة مستحدثة متكاملة ٢٦٤
الفصل الثاني : تطبيقات الاعتمادات المستندية المعمول بها في البنوك الإسلامية ٢٩١
المبحث الأول: المرابحة ٢٩٢
المبحث الثاني: المضاربة ٢٩٥
المبحث الثالث: المشاركة ٢٩٨
الفصل الثالث: مشكلات الاعتمادات المستندية في البنوك الإسلامية ٣٠١
المبحث الأول: مشكلة ملكية البضاعة ٣٠٢
المبحث الثاني: مشكلة الفوائد ٣٠٥
المراجع ٣٠٩

الكتاب الرابع :
حكم الغرامة المالية في الفقه الإسلامي

مقدمة ٣١٧
أ - خطورة المشكلة ٣١٧
ب - توصيف المشكلة ٣١٨
ج - آراء حول المشكلة ٣١٨
د - خطة البحث ٣١٩
الفصل الأول : آراء المعاصرين ٣٢١
- الرأي الأول : رأي الشيخ مصطفى الزرقا ، والدكتور محمد الصديق الضرير ٣٢١
- الرأي الثاني : رأي الدكتور نزيه حماد ، والدكتور محمد رمضان البوطي ٣٢٤
- الرأي الثالث : رأي الدكتور زكي الدين شعبان ٣٢٦
- الرأي الرابع : رأي الدكتور زكي عبد البر ٣٢٦

- الرأي الخامس : رأي الدكتور محمد نجاة صديقي ،
والدكتور علي السالوس ٣٢٧
- الرأي السادس : رأي الدكتور أنس الزرقا ،
والدكتور محمد علي القرى ٣٢٧
- الموافقات بين الآراء ٣٣١
- مزايا ومحاذير ٣٣٢
الفَصْلُ الثَّانِي : حكم العقوبة المالية في المذاهب الأربعة ٣٣٥
- مذهب السادة الشافعية ٣٣٦
- مذهب السادة المالكية ٣٤٣
- العقوبة بالمال وفي المال عند السادة المالكية ٣٤٨
- مذهب السادة الحنفية ٣٥٢
- مذهب السادة الحنابلة ٣٥٤
الفَصْلُ الثَّالِثُ : أدلة الجواز والمنع ٣٥٧
- أدلة الجواز ٣٥٧
- أدلة المنع ٣٦٧
الفَصْلُ الرَّابِعُ: نتائج البحث ٣٦٩
الملاحق (نصوص وفتاوى ذات إيماءات مهمة) ٣٧٧
المراجعُ ٣٨٣

* * *

رقم الإيداع
٥١٢٨ / ٢٠٠٩
الترقيم الدولي I.S.B.N
977-342-713-7

انتهى المجلد الثاني من

مَوْسُوعَة

الاقتصاد الإسلامي

في المصارف والنقود والأسواق المالية

المسمى

الضمان والاعتمادات المستندية والغرامات

المجلد التالي:

موسوعة الاقتصاد الإسلامي

في المصارف والنقود والأسواق المالية

المجلد الثالث

عقود التمويل والاستثمار في المصارف الإسلامية

تحرير
أ. د. رفعت السيد العوضي
أستاذ الاقتصاد الإسلامي - جامعة الأزهر
والمستشار الأكاديمي للمعهد العالمي للفكر الإسلامي

تقديم
فضيلة الأستاذ الدكتور
علي جمعة محمد
مفتي الديار المصرية

المعهد العالمي للفكر الإسلامي

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

تابعوا باقي أجزاء :

موسوعة الاقتصاد الإسلامي

في المصارف والنقود والأسواق المالية

المجلد الأول : مداخل أساسية في الاقتصاد الإسلامي

١ - مصادر التراث الاقتصادي الإسلامي

٢ - مصطلحات الفقه المالي المعاصر (معاملات السوق)

٣ - مفاهيم أساسية في البنوك الإسلامية

المجلد الثاني : الضمان والاعتمادات المستندية والغرامات

١ - الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية

٢ - خطاب الضمان في البنوك الإسلامية

٣ - الاعتمادات المستندية

٤ - حكم الغرامة المالية في الفقه الإسلامي

المجلد الثالث : عقود التمويل والاستثمار في المصارف الإسلامية

١ - الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية

٢ - القرض كأداة للتمويل في الشريعة الإسلامية

٣ - الاستثمار قصير الأجل في المصارف الإسلامية

٤ - بيع المرابحة في المصارف الإسلامية

٥ - التطبيق المعاصر لعقد السلم في المصارف الإسلامية

٦ - الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر في المؤسسات المالية الإسلامية

المجلد الرابع : الجوانب الاقتصادية للمصارف الإسلامية

١ - رسالة البنك الإسلامي ومعايير تقويمها

٢ - الوظائف الاقتصادية للعقود المطبقة في المصارف الإسلامية

٣ - دراسات الجدوى الاقتصادية في البنك الإسلامي

٤ - دور القيم في نجاح البنوك الإسلامية

٥ - تقييم وظيفة التوجيه في البنوك الإسلامية

٦ - الدور الاقتصادي للمصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق

٧ - معايير ومقاييس العملية التخطيطية في المصارف الإسلامية

المجلد الخامس : الجوانب الإدارية والقانونية

١ – مدى فاعلية نظام تقويم أداء العاملين بالبنوك الإسلامية

٢ – تقويم العملية الإدارية في المصارف الإسلامية ؛ دراسة تطبيقية على بنك فيصل الإسلامي

٣ – النظام القانوني للبنوك الإسلامية ؛ دراسة مقارنة في وثائق تأسيس البنوك الإسلامية وتشريعات الشركات والبنوك والفقه الإسلامي

٤ – القيادة الإدارية في الإسلام

المجلد السادس : الجوانب المحاسبية في المصارف الإسلامية

١ – أسس إعداد الموازنة التخطيطية في المصارف الإسلامية

٢ – قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي

٣ – المنهج المحاسبي لعمليات المرابحة في المصارف الإسلامية

المجلد السابع : الدور الاجتماعي والرقابي في المصارف الإسلامية

١ – المسؤولية الاجتماعية للبنوك الإسلامية

٢ – النشاط الاجتماعي والتكافلي للبنوك الإسلامية

٣ – الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية

٤ – الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية ؛ منهج فكري ودراسة ميدانية دولية مقارنة

المجلد الثامن : تقويم أداء المصارف الإسلامية

١ – عرض وصفي ومنهجي لمراحل وخطوات تقويم أداء المصارف الإسلامية

٢ – تقويم عمل هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية

٣ – تقويم الدور الاجتماعي للمصارف الإسلامية

المجلد التاسع : تقويم أداء المصارف الإسلامية

١ – تقويم الدور الاقتصادي للمصارف الإسلامية

المجلد العاشر : تقويم أداء المصارف الإسلامية

١ – تقويم الجوانب الإدارية للمصارف الإسلامية

٢ – تقويم الدور المحاسبي للمصارف الإسلامية

المجلد الحادي عشر : الأسواق المالية في الإسلام

١ – أسواق الأوراق المالية ودورها في تمويل التنمية الاقتصادية

٢ – التعامل في أسواق العملات الدولية

المجلد الثاني عشر : النقود

١ – نحو نظام نقدي عادل دراسة للنقود والمصارف والسياسة النقدية في ضوء الإسلام

(من أجل تواصلٍ بنّاء بين الناشر والقارئ)

عزيزي القارئ الكريم . . السلام عليكم ورحمة الله وبركاته . .

نشكر لك اقتناءك كتابنا : « موسوعة الاقتصاد الإسلامي في المصارف والنقود والأسواق المالية : الضمان والاعتمادات المستندية والغرامات » ورغبة منا في تواصلٍ بنّاء بين الناشر والقارئ ، وباعتبار أن رأيك مهمٌّ بالنسبة لنا ، فيسعدنا أن ترسل إلينا دائمًا بملاحظاتك ؛ لكي ندفع بمسيرتنا سويًا إلى الأمام .

*** فهيًا مارس دورك في توجيه دفة النشر باستيفائك للبيانات التالية :-**

الاسم كاملًا : .... **الوظيفة :** ....

المؤهل الدراسي : .... **السن :** .... الدولة : ....

المدينة : .... حي : .... شارع : .... ص.ب : ....

هاتف : [ ] / [ ] e-mail : [ ]

- من أين عرفت هذا الكتاب ؟

☐ أثناء زيارة المكتبة ☐ ترشيح من صديق ☐ مقرر ☐ إعلان ☐ معرض

- من أين اشتريت الكتاب ؟

اسم المكتبة أو المعرض : .... المدينة : .... العنوان : ....

- ما رأيك في الكتاب ؟

☐ ممتاز ☐ جيد ☐ عادي (لطفًا وضح لِمَ) ....

- ما رأيك في إخراج الكتاب ؟

☐ عادي ☐ جيد ☐ متميز (لطفًا وضح لِمَ) ....

- ما رأيك في سعر الكتاب ؟ ☐ رخيص ☐ معقول ☐ مرتفع

(لطفًا اذكر سعر الشراء) .... العملة ....

عزيزي انطلاقًا من أن ملاحظاتك واقتراحاتك سبيلنا للتطوير وباعتبارك من قرائنا فنحن نرحب بملاحظاتك النافعة . . . فلا تتوانَ ودَوِّن ما يجول في خاطرك : -

....

....

....

....

دعوة : نحن نرحب بكل عمل جاد يخدم العربية وعلومها والتراث وما يتفرع منه ، والكتب المترجمة عن العربية للغات العالمية - الرئيسة منها خاصة - وكذلك كتب الأطفال .

عزيزي القارئ أعد إلينا هذا الحوار المكتوب على e-mail:info@dar-alsalam.com

أو ص.ب ١٦١ الغورية - القاهرة - جمهورية مصر العربية

لنراسلك ونزودك ببيان الجديد من إصداراتنا

(من أجل تواصلٍ بنّاء بين الناشر والقارئ)

(من أجل تواصل بناء بين الناشر والقارئ)

عزيزي القارئ الكريم :

نشكرك على اقتنائك كتابنا هذا ، الذي بذلنا فيه جهدًا نحسبه ممتازًا ، كي نخرجه على الصورة التي نرضاها لكتبنا ، فدائمًا نحاول جهدنا في إخراج كتبنا بنهج دقيق متقن ، وفي مراجعة الكتاب مراجعة دقيقة على ثلاث مراجعات قبل دفعه للطباعة ، ويشاء العلي القدير الكامل أن يثبت للإنسان عجزه وضعفه أمام قدرته مهما أوتي الإنسان من العلم والخبرة والدقة تصديقًا لقوله تعالى :

﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْۚ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَـٰنُ ضَعِيفًا ﴾ (النساء : ٢٨)

فأخي العزيز إن ظهر لك خطأ طباعي أثناء قراءتك للكتاب فلا تتوان في أن تسجله في هذا النموذج وترسله لنا فنتداركه في الطبعات اللاحقة ، وبهذا تكون قد شاركت معنا بجهد مشكور يتضافر مع جهدنا جميعًا في سيرنا نحو الأفضل .

الخطأ	رقم الصفحة	السطر

شاكرين لكم حسن تعاونكم . . ،

هَذِهِ المَوْسُوعَة

تتضمن دراسات عن صيغ المعاملات المصرفية والاستثمارية والمالية المستخدمة في المؤسسات الإسلامية الاقتصادية، وخاصة في البنوك وشركات الاستثمار.

ويجيء نتاج هذا المشروع في عدد من البحوث التي تغطي موضوعًا محددًا من الصيغ التي تنظم علاقات هذه المؤسسات، سواء أكانت مع غيرها من الأفراد والمؤسسات الأخرى، أم في جانب استخداماتها للأموال المتاحة لها، أم في جانب الخدمات الأخرى التي تقوم بها.

وقد اتبع المعهد العالمي للفكر الإسلامي منهجًا حرص فيه على إعداد البحوث بشكل علمي، وتم تشكيل لجان ضمت في عناصرها خبراء في التخصصات الاقتصادية والمحاسبية والإدارية والشرعية والمصرفية قامت بمراجعة البحوث التي تتضمنها الموسوعة واعتمادها.

وهذا هو المجلد الثاني من الموسوعة (الضمان والاعتمادات المستندية والغرامات)؛ ويتناول الحديث عن الضمان في الفقه الإسلامي، وخطاب الضمان في البنوك الإسلامية، والحديث عن الاعتمادات المستندية، وحكم الغرامة المالية في الفقه الإسلامي.

الناشر

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

القاهرة - مصر - ١٢٠ شارع الأزهر - ص.ب ١٦١ الغورية

هاتف: ٢٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٢٧٤١٥٧٨ - ٢٥٩٣٢٨٢٠ - ٢٤٠٥٤٦٤٢

فاكس: ٢٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢+)

الإسكندرية - هاتف: ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس: ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣+)

www.dar-alsalam.com info@dar-alsalam.com

ISBN: 977-342-713-7

9789773427139